

Law Право

JOURNAL
OF THE HIGHER
SCHOOL
OF ECONOMICS

ЖУРНАЛ
ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ
ЭКОНОМИКИ



1/2025

Том 18

Правовая мысль: история и современность

И.В. Левакин

Право как социокультурное явление:
гармонизация на основе
принципа гуманизма

**Н.Ю. Ерпылева,
И.В. Гетьман-Павлова**

Генезис термина
«международное частное
право» в российской
доктрине XIX века:
от юридического наследия
к современности

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

И.А. Емелькина

Правовое оформление
экономических отношений
по профессиональному
управлению имуществом

Д.А. Фаталиева

Differentia specifica
правовых принципов
в контексте судебной
аргументации

А.Ю. Бурова

Заключение безвозмездных
предпринимательских
договоров в России:
пределы допустимости

Право в современном мире

**А.П. Клементьев,
А.С. Касаткина**

Расщепление
договорного статута
в стандартных
договорах на внебиржевом
рынке деривативов

Е.А. Крутий

Децентрализованные
автономные организации
(ДАО): проблемы
квалификации и выбора
применимого права

**Д.А. Новиков,
Ф.К. Ногайлиева**

Правовое регулирование
платформенной занятости
в странах БРИКС

Рецензии

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

А.И. Абдуллин (Казанский (Приволжский) федеральный университет, РФ)
 Дж. Айджани (Туринский университет, Италия)
 В.Э. Батлер (Университет Пенсильвании, США)
 А. Белоглазек (VSB Технический университет, Чешская Республика)
 Н.А. Богданова (МГУ им. М.В. Ломоносова, РФ)
 В.А. Виноградов (НИУ ВШЭ, РФ)
 А.В. Габов (ИГП РАН, РФ)
 Г.А. Гаджиев (НИУ ВШЭ, РФ)
 Ю.В. Грачева (МГЮА им. О.Е. Кутафина, РФ)
 Ч. Го (Китайский университет политических наук и права, Китай)
 Д. Дюмортье (Лувенский Католический университет, Бельгия)
 И.А. Емелькина (РАНХиГС при Президенте РФ, РФ)
 Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, РФ)
 А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, РФ)
 В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, РФ)
 С. Кхандерия (Глобальный университет имени О.П. Джиндала, Индия)
 А.А. Ларичев (НИУ ВШЭ, РФ)
 Г.И. Муромцев (Российский университет дружбы народов, РФ)
 А.В. Наумов (НИИ Университета прокуратуры, РФ)
 Н.А. Поветкина (НИУ ВШЭ, РФ)
 А.И. Рапог (МГЮА им. О.Е. Кутафина, РФ)
 А.Х. Саидов (Академии наук, Узбекистан)
 В.А. Сивичкий (Конституционный Суд Российской Федерации)
 Е.А. Суханов (МГУ им. М.Ю. Ломоносова, РФ)
 Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, РФ)
 Г.Г. Шинкаревая (ИГП РАН, РФ)
 Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор

И.Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ, РФ)

Адрес редакции

109028 Москва,
 Б. Трехсвятительский пер, 3,
 офис 113
 Тел.: +7 (495) 220-99-87
<https://law-journal.hse.ru>
 e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 117312, Москва,
 ул. Вавилова, д. 7
 Издательский дом
 Высшей школы экономики.
 Почтовый: 101000,
 Москва, ул. Мясницкая, 20
 Тел./факс: +7 (495) 772-95-71
 e-mail: id@hse.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2025

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

1/2025

**ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ****Правовая мысль: история и современность****И.В. Левакин**

Право как социокультурное явление:
 гармонизация на основе принципа гуманизма 4

Н.Ю. Ерпылева, И.В. Гетьман-Павлова

Генезис термина «международное частное право» в российской
 доктрине XIX века: от юридического наследия к современности . . . 27

Российское право: состояние, перспективы, комментарии**И.А. Емелькина**

Правовое оформление экономических отношений
 по профессиональному управлению имуществом 58

Д.А. Фаталиева

Differentia specifica правовых принципов в контексте
 судебной аргументации 85

А.Ю. Бурова

Заключение безвозмездных предпринимательских
 договоров в России: пределы допустимости 115

В.А. Филатьев

Непротиворечивость доказательств как условие постановления
 приговора в особом порядке судебного разбирательства 140

Право в современном мире**А.П. Клементьев, А.С. Касаткина**

Расщепление договорного статута в стандартных договорах
 на внебиржевом рынке деривативов 165

Е.А. Крутий

Децентрализованные автономные организации (ДАО):
 проблемы квалификации и выбора применимого права 191

J. Hodermarsky

Determining the Applicable Law to Copyright Ownership:
 National Treatment Principle in Tension with Legacy Copyright
 Treaties 217

Д.А. Новиков, Ф.К. Ногайлиева

Правовое регулирование платформенной занятости
 в странах БРИКС 247

Рецензии**С.Ю. Чуча**

Обеспечение заработной платы в условиях гибридных
 правовых режимов 280

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Board

A.I. Abdullin (Kazan (Volga Region) Federal University, RF)
G. Ajani (University of Turino, Italy)
A. Belohlavek (VSB Technical University of Ostrava, Czech Republic)
N.A. Bogdanova (Lomonosov Moscow State University, RF)
W.E. Butler (Pennsylvania State University, USA)
J. Dumortier (KU Leuven, Belgium)
I.A. Emelkina (the Russian Academy of National Economy under the President of the Russian Federation, RF)
T. Endicott (University of Oxford, UK)
N.Y. Erpyleva (HSE, RF)
A.V. Gabov (Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, RF)
G.A. Gadjev (HSE, RF)
Yu.V. Gracheva (HSE, RF)
Z. Guo (China University of Political Science and Law, China)
V.B. Isakov (HSE, RF)
A.A. Ivanov (HSE, RF)
S. Khanderia (Jindal Global University, Sonapat, India)
A.A. Larichev (HSE, RF)
G.I. Muromtsev (Peoples' Friendship University of Russia, RF)
A.V. Naumov (University of Procuracy, RF)
N.A. Povetkina (HSE, RF)
A.I. Rarog (Moscow State Juridical Kutafin University, RF)
A.Kh.Saidov (Academy of Sciences of Uzbekistan, Republic of Uzbekistan)
G.G. Schinkaretskaya (IGP RAN, RF)
V.A. Sivitsky (the Constitutional Court, RF)
E.A. Sukhanov (Lomonosov Moscow State University, RF)
Y.A. Tikhomirov (HSE, RF)
V.A. Vinogradov (HSE, RF)

Editor-in-Chief

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, RF)

Address:

3 Bolshoy Triohsviatitelsky Per.,
Moscow 109028, Russia

Tel.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

1/2025



ISSUED QUARTERLY

Legal Thought: History and Modernity

I.V. Levakin

Law as a Socio-cultural Phenomenon: Harmonization on Basis of the Principle of Humanism 4

N.Y. Erpyleva, I.V. Getman-Pavlova

Genesis of Term "Private International Law" in the Russian Doctrine of the 19th Century: from Legal Heritage to Modernity . . . 27

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

I.A. Emelkina

Legal Design of Economic Relations for Property Management . . . 58

D.A. Fatalieva

Differentia specifica of Legal Principles in Context of Judicial Reasoning 85

A.Yu. Burova

Making Gratuitous Business Contracts in Russia: Limits of Permissibility 115

V.A. Filatyev

The Consistency of Evidence as a Condition for Sentencing in a Special Order of the Trial 140

Law in the Modern World

A.P. Klementyev, A.S. Kasatkina

Splitting of Contractual Statute in Standard Master Agreements in the Over-the-Counter Derivatives Market 165

E.A. Krutiy

Decentralized Autonomous Organizations (DAOs): Challenges of Qualification and Choice of a Law Applicable 191

Я. Годермарский

Определение применимого права к обладанию авторскими правами: принцип национального режима в конфликте с ранними международными договорами в сфере авторского права 217

D.A. Novikov, F.K. Nogaylieva

Legal Regulation of Platform Employment in BRICS 247

Review

S.Yu. Chucha

Wage Security in Hybrid Legal Regimes 280

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

The journal is an edition of the National Research University Higher School of Economics (HSE) to broaden the involvement of the university in the dissemination of legal culture and legal education.

The objectives of the journal include:

- encouraging academic debates
- publishing materials on the most topical legal problems
- contributing to the legal education reform and developing education including the design of new educational courses
- cooperation between educational and academic departments of HSE
- involvement of young scholars and university professors in the academic activity and professional establishment
- arranging panels, conferences, symposiums and similar events

The following key issues are addressed:

legal thought (history and contemporaneity)
Russian law: reality, outlook, commentaries
law in the modern world
legal education reform
academic life

The target audience of the journal comprises university professors, post-graduates, research scholars, expert community, legal practitioners and others who are interested in modern law and its interaction with economics.

The journal is included in the List of peer-reviewed scientific publications recommended by the Higher Attestation Commission under the Ministry of Higher Education and Science of Russian Federation for the publication of the main research results for the degree of Candidate and Doctor of juridical sciences.

The journal is registered in **Web of Science Core Collection**, **Emerging Sources Citation Index**, **Russian Science Citation Index (RSCI)** on the base of **Web of Science**, Cyberleninka, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

Научная статья

JEL: K00

УДК: 340.5

DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.4.26

Право как социокультурное явление: гармонизация на основе принципа гуманизма



Игорь Вячеславович Левакин

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
Россия, 101000 Москва, Мясницкая ул., 20,

ilevakin@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-7088-6263>



Аннотация

Социокультурный подход, синтезирующий правовые и культурологические знания на основе современного прочтения принципа гуманизма, актуализирует проблему гармонизации определяющих характеристик права, сформировавшихся в различные исторические периоды развития обществ/цивилизаций. Рассмотрение права с точки зрения единства социальности и культуры, созданных и преобразуемых общественной практикой, позволяет выявить, сблизить и согласовать представления разнообразных сообществ о праве и человеке, способствовать межцивилизационному диалогу. Целью данной работы является интерпретация (истолкование, разъяснение) права в качестве социокультурного явления для поиска взаимоприемлемой основы гармонизации его характеристик, обусловленных спецификой жизни разнообразных социумов, с вариативностью присущих им идей, ценностей, норм и институтов. Приближение к данной цели осуществляется за счет последовательного решения задач по выявлению главных социокультурных особенностей, смыслов, традиций права, сложившихся в практике условных доиндустриальных, индустриальных и постиндустриальных сообществ: цивилизационный подход сочетается с универсальной типологией, главным образом учитывающей особенности экономического развития. В качестве основного методологического подхода использована генерализация (от лат. *generalis* — «общий, главный») — метод выделения однородных характеристик права, присущего тому или иному типу сообщества. Для обнаружения взаимоприемлемой основы гармонизации характеристик права доиндустриальных, индустриальных и постинду-

стриальных сообществ применен метод социокультурного анализа, учитывающий исследовательские принципы исторического и логического, позволяющий рассматривать право в качестве элемента соответствующей социокультурной среды. В результате исследования подтверждено, что современные международные акты, либеральные конституции и национальное законодательство не в должной мере решают проблемы столкновения социокультурных образований («цивилизаций»). Сделан вывод о том, что недостатки современного права во многом обусловлены непоследовательностью правоприменения в отстаивании гуманистических ценностей, их подменой политическими и/или экономическими интересами. Гармонизация конфликтных характеристик права разнообразных социумов на основе выработки и реализации общепризнанных норм не может обеспечиваться исключительно благими пожеланиями деклараций, необходимо императивно-принудительное исполнение требования уважения «жизни, свободы и личной неприкосновенности» каждого человека.



Ключевые слова

право; социокультурный подход; цивилизация; религия; социально-экономическое развитие; диалог; гуманизм; гармонизация.

Для цитирования: Левакин И. В. Право как социокультурное явление: гармонизация на основе принципа гуманизма // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. №1. С. 4–26. DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.4.26

Legal Thought: History and Modernity

Research article

Law as a Socio-cultural Phenomenon: Harmonization on Basis of the Principle of Humanism



Igor V. Levakin

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia,

ilevakin@hse.ru, ORCID: 0000-0001-7088-6263



Abstract

The socio-cultural approach, which synthesizes legal and cultural knowledge on the basis of a modern understanding of the principle of humanism, actualizes the problem of harmonizing the defining characteristics of law, formed in different historical periods of development of societies/civilizations. Analysis of law from the point of view of the unity of sociality and culture, created and transformed by social practice, makes it possible to define, connect and harmonize the ideas of different communities about law and humanity, and promote inter-civilizational dialogue. The purpose of this work

is to interpret (clarify, explain) law as a socio-cultural phenomenon in order to search a mutually acceptable basis for harmonizing its characteristics, determined by the specifics of life in different societies, with their inherent diversity of ideas, values, norms and institutions. The achievement to this purpose is realized through the consistent solution of tasks to identify the main socio-cultural features, meanings and traditions of law, developed in the practice of conventional pre-industrial, industrial and post-industrial communities: civilizational approach is combined with a universal typology, mainly taking into account the peculiarities of economic development. Generalization (Latin: *generalis* — “general, main”) — a method of identifying homogeneous characteristics of law inherent in a particular type of community, it was used as the main methodological approach in this research. Searching a mutually acceptable basis for harmonizing the characteristics of law of pre-industrial, industrial and post-industrial communities, was applied the method of socio-cultural analysis, taking into account the research principles of historical and logical, allowing us to consider law as an element of the relevant socio-cultural environment. As a result of the research, it was confirmed that modern international legal acts, liberal constitutions and law of national states do not adequately address the issues of the conflict of socio-cultural formations (“civilizations”). It is concluded the shortcomings of modern law are largely due to the inconsistency of law enforcement in upholding humanistic values, their substitution by political and/or economic interests. It is concluded that the shortcomings of modern law are largely due to the inconsistency of law enforcement in defending humanistic values, their substitution by political and/or economic interests. Harmonization of conflict characteristics of the law of diverse societies on the basis of the development and implementation of universally recognized norms can not be provided solely by good wishes of declarations, it is necessary to imperatively enforce the requirement of respect for the “life, freedom and personal integrity” of each person.



Keywords

law; socio-cultural approach; civilization; religion; socio-economic development; dialogue; humanism; harmonization.

For citation: Levakin I.V. (2025) Law as Socio-cultural Phenomenon: Harmonization on Basis of the Principle of Humanism. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 1, pp. 4–26 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2025.1.4.26

Введение

Актуален социокультурный подход, обусловленный необходимостью антропологического поворота в праве через синтез культурологических и юридических знаний, предполагающий видение правовой картины мира с различных мировоззренческих позиций, согласуемых на основе современного прочтения принципа гуманизма. Рассмотрение права с точки зрения единства социальности и культуры, созданных и постоянно преобразуемых общественной практикой, позволяет гармонизировать (сблизить, согласовать) его определяющие характеристики, сформировавшиеся в различные пе-

риоды развития самобытных сообществ, способствовать межцивилизационному диалогу, построенному на общепризнанных нормах, стандартах поведения. Охарактеризовать генетические (наследуемые), цивилизационные черты права, сложившиеся под многофакторным (социально-экономическим, культурно-религиозным и пр.) воздействием, в том числе означает выявить закономерности, способствующие гармонизации его основных характеристик.

Характеристики права как явления культуры так же многообразны, как и конкретно-исторические социумы, в которых они сложились «спонтанно» [Эрлих О., 2011: 585, 654]; плодотворные идеи диалога цивилизаций имеют юридическое измерение, подразумевающее потенциал мирной гармонизации объективно сформированных особенностей, смыслов, традиций права. В то же время можно констатировать, что «юридическое конституирование в рамках ... обособленных этноконфессиональных и этнокультурных групп, живущих по своим собственным законам»¹, в большинстве стран терпит неудачу. Для уяснения причин конфликтности правовых представлений и практик «наивысших культурных общностей» [Хантингтон С., 2003: 51] необходимо рассматривать право инклюзивно, т.е. в качестве многомерного социокультурного феномена, включенного в реальные, в том числе господствующие, экономические отношения (аграрные, индустриальные, постиндустриальные), обратиться к основам социального регулирования (нормам, правилам, регуляторам, соционормативной системе в целом), опирающимся на ценности, религиозно-этические и др. представления, во взаимодействии с которыми определяются и проявляются характеристики права. Так, помимо прочего, мы сможем проникнуть «в правовое мышление с целью новой интерпретации правовых идей» для гармонизации культурно-цивилизационных характеристик права².

В юридическом мировоззрении право выступает в качестве автономного, почти идеального инструмента, определяющим образом влияющего на социум, обеспечивая его согласованное функционирование. Это совсем не так, например, синкретические регуляторы (продукт нерасчлененных сфер и явлений культуры), мононормы, объединяющие религию, этику и право, долгое историческое время были превалярующими, их влияние далеко не элиминировано.

¹ Зорькин В.Д. Нам предстоит найти работающие концепции интеграции этносообществ в государство. Available at: <https://www.rg.ru/2011/09/07/zorkin-site.html> (дата обращения: 15.09.2024)

² Фримэн М. Право и социология. Л., 2005, pp. 1–15. Available at: <https://clck.ru/3CfKN7> (дата обращения: 15.09.2024)

Сегодня в самых вестернизированных сообществах расширяются представления, антагонистские правам и свободам личности или равноправию индивидов. Иррациональность (мифы, религия), господствующая в «иных» сообществах, порой лишь формируются юристами европейской школы под привычный понятийный аппарат. Тем не менее отсутствие, например, в архаических культурах наших далеких предшественников или «современных предков» абстрактных правовых формул и/или обязательной для последователей великого Римского наследия системы знаков, которыми описываются и при помощи которых исследуются юридические явления, не лишает возможности диалога, предполагающего поиск смыслов и связей между отношениями людей, проявленными в феноменах альтернативных, немодернизированных культур и привычной университетскому правоведу «западной традицией права»³.

Интерпретации права в качестве социокультурного явления, присущего различным видам сообществ, цивилизаций и культур, требует использования идейного багажа, накопленного социологией права, юридической антропологией, психологией, конфликтологией, историей правовых учений и другими научными дисциплинами⁴. Тема междисциплинарного диалога поистине безгранична, включает глобалистику, политологические, расовые, гендерные, кросскультурные и другие исследования. Вступая на широкий путь междисциплинарности, мы доверяемся научной интуиции: ссылки на те или иные идеи или игнорирование таковых всегда спорны, более того, факты могут быть истолкованы и пересмотрены с альтернативных мировоззренческих позиций. Ограниченный объем статьи также предлагает обращение к опыту Кембриджской школы интеллектуальной истории, помимо прочего проповедующей необходимость помещения всем известных текстов в контекст забытой сегодня литературы времени написания классики, а также источников, на которые опирались ныне канонизированные научные авторитеты [Скиннер К., 2001: 123–141]. Понятно, что такой труд под силу только заинтересованному исследователю, но очевидно и то, что статьи, подобные этой, читают только специалисты или стремящиеся стать таковыми.

Итак, целью данной работы является интерпретация (истолкование, разъяснение) права как социокультурного явления с целью поиска взаимоприемлемой основы для гармонизации его характери-

³ См.: Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. 624 с.

⁴ См.: Шпенглер О. Закат Европы. М., 2025. 237 с.; Тойнби А. Постигание истории. М., 2001. 640 с.

стик, обусловленных спецификой жизни разнообразных сообществ и присущими им идеями, ценностями, нормами и институтами. Приближение к данной цели осуществляется за счет последовательного выявления главных социокультурных особенностей и смыслов права, сложившихся в практике условных доиндустриальных, индустриальных и постиндустриальных сообществ. В качестве основного методологического подхода используется генерализация (от лат. *generalis* — «общий, главный») — метод выделения однородных характеристик права, присущих тому или иному типу сообщества. Применяется социокультурный анализ, учитывающий исследовательские принципы исторического и логического, что позволяет рассматривать право как элемент соответствующей социокультурной среды. Классификация главных характеристик права по критерию степени индустриальности общества, дополненная цивилизационными признаками (связями с религией и обычаями), не претендует на единственную «правильность»; она лишь помогает идентифицировать отличительные черты права «иных» сообществ и культур.

Также следует принять за отправную аксиому, что «живое» право не является механическим набором формальных правил, но динамичной системой, отражающей и формирующей общественные отношения; способствуя интеграции различных культур и цивилизаций, оно выполняет роль связующего звена между индивидуальными и коллективными интересами, обеспечивая баланс свободы и ответственности. Исторически право выработало гибкость и способности к адаптации, учитывающие интересы разнообразных субъектов правоотношений. Право в качестве инклюзивного социокультурного явления, соответствующее определенному (доиндустриальному, индустриальному, постиндустриальному) уровню развития взаимосвязанных духовной и материальной культур, перманентно адаптируется в общественной среде путем гармонизации своих характеристик, противостоя девиациям, содействуя межцивилизационному диалогу, необходимому для выживания и прогресса человечества. Каждый этап нелинейного социально-экономического развития актуализирует наиболее адекватные институты, ценности, культурные установки, модели и типы мировоззрения⁵. При всех перспективных вариантах основных характеристик права важно, чтобы его эволюция вместе с обществом соответствовала принципу гуманизма, обеспечивая защиту тождества человека в любой социально-экономической и социокультурной среде.

⁵ Русская философия и социология права. Ростов н./Д, 2004. С. 11.

1. Право и человек в доиндустриальных сообществах

Доиндустриальные социумы — их еще называют простыми или аграрными⁶ — отличает домодернистское мышление (в передовых странах индустриальные революции произошли в конце XVIII века), в основном уповающее на мудрость, начало которой — «страх Господень» (Псалтирь, 110:10), т.е. священные предания, жития святых и пророков, религиозные тексты, формулирующие «вечные истины», а также здравый смысл общины: «Бог-то Бог, да и сам не будь плох»; «и языческие мудрецы определяют премудрость знанием вещей Божеских и человеческих»⁷.

Право еще не выделено из общего массива социальных регуляторов, значительной своей частью находится в ряду сакральных явлений и, как правило, выявляется через апелляцию к трансцендентному; на практике корректируется людьми, руководствующимися житейской необходимостью, проверенной веками циклического аграрного/натурального хозяйства и общинной жизни, «сублимирует следование опыту» [Небрятенко Г.Г., 2010: 10]. Социально-правовое регулирование чаще всего основано на сопряжении норм религиозных культов и обычного права: первые записи санкционированных публичной властью правил народного уклада жизни обеспечивали соответствие закона традиции. На холистические представления о праве решающее влияние оказывают этнокультурные, классовые (стратовые, кастовые) и прочие характеристики⁸. Могут практически полностью отсутствовать представления о свободах индивида, поскольку главными субъектами общения выступают коллективы: родовые общины, в дальнейшем — гильдии, цехи и т.п. Нормализованы различия в правовом статусе (основанные на гендере, родovitости, богатстве, др. привилегии), рабство, телесные наказания, кровная месть. Значительное внимание в рамках «особого типа семейной солидарности» уделяется обязанностям сражаться, вступать в брак, заботиться о своих родственниках и т.п. [Мальцев Г.В., 2012: 256].

Мысль правоприменителя (вождя, старейшины, судьи) следует соответствующей традиционной/религиозной культуре, интерпретирует ее догматы оригинальным образом: «... все люди при-

⁶ См.: Crone P. Pre-industrial societies anatomy of the pre-modern world. Oxford, 2015, 256 p.

⁷ Григорий Разумовский. / Толкование на группу стихов: Пс: 110: 10-10. Available at: <https://ekzeget.ru/bible/psaltir/glava-110/stih-10/> (дата обращения: 15.09.2024)

⁸ См.: Elwell F. Sociocultural systems: Principles of structure and change. Athabasca, 2013, 115 p.

знают какой-нибудь закон «не убей», и вопрос заключается в том, как прилагается этот закон» [Тайлор Э., 1882: 407]. Выживаемость и эффективность обычно-правовых систем проверена временем: на этнические и др. обычаи ссылаются современные гражданские кодексы, действующие в условной группе «западных» правовых семей; в ряде регионов земного шара (в невестернизированных частях Азии и Латинской Америки, правовых семьях стран Индокитая) судебные решения по-прежнему ориентированы на нормы обычного права, народную традицию, ритуалы; в правовых системах многих стран тропической Африки частноправовые отношения не развиты, в процессуальных отношениях распространена эклектика легистских и традиционных судов [Скакун О.Ф., 2008: 436–440]. В религиозных правовых системах все законы человеческие, как правило, не могут противоречить законам божественным, правосудие стремится к высшей справедливости, выявляемой знатоками неразрывных права и вероучения под контролем духовного лица⁹: *Homo sum et nil nisi divina lex—habet me*» (лат. «я человек и подчиняюсь лишь божественным законам») [Розанов В.В., 1997: 255–256]; верховный законодатель и судья — Бог: «един Законодатель и Судия, могущий спасти и погубить; а ты кто, который судишь другого?» (Иакова 4:12).

Человек доиндустриального общества ограничен природой, его бытию имманентны высокая смертность и рождаемость (много потомства — много работников и/или воинов); способы выживания, связанные с экстенсивной экономикой, строгими коллективистскими практиками: «Производящий индивид, выступает несамостоятельным, принадлежащим к более обширному целому» [Маркс К., 1968: 28]. Надежды сосредоточены на высших силах, отсюда все, что происходит с человеком, происходит по воле богов его народа: «Господь — упование мое» (Пс.90,9). Универсальные права человека не развиты (нет равной меры свободы), преобладают этнические и сословные права, «права-привилегии». Разумеется, нельзя оценивать доиндустриальные типы права по критериям современного правового социума. Например, даже крайняя форма отрицания достоинства человека, его личности и правового статуса, выражаемая в античном рабстве (*instrumentum vocale* — лат. «говорящее орудие»), являлась не столько следствием жестокости нравов, сколько вынужденной мерой приспособления натурального хозяйства, в котором сам хозяин жил не намного лучше раба. Все же всем следует помнить

⁹ См.: Конституция Исламской Республики Иран. Available at: <https://clck.ru/3DJCis> (дата обращения: 15.09.2024)

мысль древних: «Рабство существует по природе и только по природе и одни люди всюду рабы, даже если они свободны по закону, а другие никогда таковыми не бывают, даже если они обращены в рабство»¹⁰. Под такое понятие «раба» подпадает и крепостной крестьянин, и фабричный рабочий, и современный менеджер.

2. Право и человек в индустриальных сообществах

Индустриальное общество, или «общество индустриального прогресса» [Шумпетер Й.А., 2008: 366, 484] (в передовых странах с XVIII века до середины XX века) отличает мышление, основанное на убеждении «*scientia potentia est*» (лат. «знание—сила»): ««Западный рационализм» выражает ориентацию действия, а «современный капитализм» — институциональную форму» [Вагнер П., 2019: 216]. Рационализация жизни через освобождение от мифотворчества, религии, этничности, главенство идеи прогресса — определяющие черты модернистских социокультурных представлений.

Право эмансипировано от прочих социальных регуляторов, опирается на договорное начало — уже не боги, а люди диктуют правила общежития: законы принимаются от имени «источника власти» — народа-нации. Позитивное право и централизованное управление обеспечивают сложную систему общественного разделения труда, выступающего товаром и важнейшим элементом рыночной (капиталистической) или огосударствленной (социалистической) экономики. Публичное и частное право также все более специализируются, продуцируя актуальные отрасли, подотрасли, институты, нормы. Складывается социокультурная среда, где индивидуальные взаимодействия строятся по принципу конкуренции формально равных лиц, персональные особенности которых (этничность, пол, раса и пр.) не играют решающей роли. Иерархичная система правового регулирования предусматривает конституции, закрепляющие естественные права, в том числе на частную собственность (юснатурализм); нормативно-правовые акты, подобные инструкциям к сложным механизмам (нормативизм, легизм); «жизнь» права в административно-судебной практике, следующую за развитием социально-экономических отношений (социологическая онтология, правовой реализм) [Лапаева В.В., 2012: 38–63].

Правоприменение отражает идеи «юридического мировоззрения», формы познания мира, подменившей волю Бога волей го-

¹⁰ См.: Аристотель. Политика. Сочинения. Т. 4. М., 1983. С. 376–644.

сударства, священные писания — кодексами или сборниками прецедентов, служителей культа — юристами (толкователями и проводниками позитивного и «естественного» права). Суды отделяются от духовной, административной и прочих разновидностей публичной власти, манифестируют независимость, гласность, открытость и состязательность¹¹. Этнокультурные особенности учитываются, но не определяют правоприменение; провозглашается обеспечение прав личности на основе принципов «народного начала, независимости от политики и профессионализма» [Монтескье Ш., 1955: 78]. Однако, поскольку абстрактные понятия (юридические лица, права собственности и т.п.) отрываются от реальности, «юридический аргумент правоприменителя не может быть опровергнут ни моральным принципом, ни эмпирическим фактом» [Kalman L., 2016: 4]. Реальное право, сложная юридическая материя которого зачастую непонятна «профанам», во многом становится продуктом деятельности юридической корпорации, превращается в «адскую смесь следственных, прокурорских и судебных практик» (закон — сырье для судей) [Кардозо Б., 2017: 10].

Человек индустриального общества в идеале — это индивид, овладевший научными знаниями и передовыми средствами производства, инициативно распоряжающийся окружающим мирозданием и собой. Одаренный разумом и свободой воли, он способен творить, преображая Мир своей деятельностью; над человеком никто не властен, нет Абсолюта, которому он слепо поклоняется и просит милости. Развивающаяся система хозяйствования требует постоянного увеличения числа наемных трудящихся (отсюда «неконтролируемая» миграция), социум неуклонно движется к эмансипации прежде дискриминируемых женщин, расовых и прочих меньшинств. Личность провозглашается носителем врожденных, т.е. естественных прав: реализуется принцип универсального равенства всех граждан перед законом. Обязанности, занимавшие исходное и центральное место в патриархальных обществах, отходят на второй план. Вследствие смещения акцента с обязанностей на права и свободы индивид становится центром социальных отношений. У такого прогресса существует обратная сторона¹²: примат эгоистических, в основном материальных интересов субъекта договора зачастую ведет к добровольному

¹¹ См.: Указ Правительствующему сенату от 20.11.1864 / Судебные уставы 20 ноября 1864 г. Available at: <https://www.prlib.ru/item/372590> (дата обращения: 15.09.2024)

¹² Культура имеет значение. Каким образом ценности способствуют общественному прогрессу / под ред. Л. Харрисона и С. Хантингтона. М., 2002. 320 с.

превращению человека со всеми его мнимыми и реальными правами в винтик огромного бездушного механизма общества потребления, придаток машины (конвейера), разновидность капитала.

3. Право и человек в постиндустриальных сообществах

Постиндустриальность отличает период развития некоторых становящихся («грядущих») [Белл Д., 2004: 1], но в той или иной форме уже существующих сообществ, начавшийся с середины XX века и продолжающийся сейчас. Социальная философия связывает постиндустриальность и мышление постмодерна, специальный языковой аппарат которого преднамеренно отказывается от *ratio* (лат. разум), «презумпции возможности построения единой и системной концептуальной модели мира»¹³, а также отстаивает тезис культурного релятивизма.

Право нестабильно, формируется в экстерриториальных неформальных объединениях, ключевые структуры и деятельность их участников организованы вокруг электронных коммуникаций, внутри полуанонимной виртуальности. Привычные офлайн-формы социального взаимодействия: экономические, религиозные, политические и пр. облакаются в цифровую коммуникационную оболочку, приобретают характеристики, отражающие своеобразие искусственного мира: «С одной стороны, действует цифровой код, а, с другой стороны, отношения в сфере использования Интернета с учетом его архитектуры не поддаются привычному контролю как физические общественные отношения»¹⁴. Общение через Интернет обезличивает стороны: за аватаром (картинкой пользователя) может скрываться уже даже не человек, а, например, искусственный интеллект. Участник виртуального общения зависим «от принципов построения языка, от оков цивилизации, от правил и ограничений, от норм ... которые превращают субъекта в систему знаков, и благодаря таковой зависимости он теряет свою идентификацию с самим собой» [Усовская Э.А., 2006: 112]. Таким образом человек теряет субъектность, т.е. абсолютные права на существование в наличном бытии¹⁵.

¹³ История философии: энциклопедия. Минск, 2002. Available at: <https://clck.ru/37Ro68> (дата обращения: 15.09.2024)

¹⁴ Lessig L. The Law of The Horse. What Cyberlaw Might Teach. 1999. Available at: https://cyber.harvard.edu/works/lessig/LNC_Q_D2.PDF (дата обращения: 15.09.2024)

¹⁵ Слова и вещи. Археология гуманитарных наук. СПб., 1994. 407 с.

Процедуры правоприменения на всех стадиях ведения административных, гражданских, уголовных и прочих дел, дополняются информационными технологиями (процессы в онлайн-режиме; сопровождение подготовки, принятия и документального закрепления решений средствами информационных баз правовых актов с поддержкой искусственного интеллекта и т.д.)¹⁶. Юридический процесс становится все более механистичным, инструментальным и автономным: рациональности уделяется гораздо больше внимания, вплоть до того, что она «становится совершенно иррациональной» [Рицер Дж., 2011: 110]. На правоприменение осуществляются «экстралегальные воздействия»¹⁷, оно все более отчуждено от человека как субъекта этнической/национальной культуры: «Переходит в практическую плоскость вопрос об использовании роботов в качестве судей, что приведет к наделению их статусом субъектов правоприменения» [Пашенцев Д.А., 2020: 45–46]. Недаром Европейская этическая хартия об использовании искусственного интеллекта в судебных системах и окружающих их реалиях настаивает на контроле пользователя: «Отказаться от предписывающего подхода и позволить пользователю выступать информированным участником и контролировать свой выбор»¹⁸.

Человек в постиндустриальных обществах помимо своей воли превращается во фрагмент информационной тотальности. В контексте революционизирования информационно-коммуникационной среды, вовлечения в производственные отношения искусственного интеллекта, социальных роботов, инновационных биотехнологий наблюдается тенденция размывания ранее четко распознаваемых онтологических признаков человека. Так, избавление от заболеваний путем вмешательства в репродукцию, зародышевый и наследственный материал человеческих гамет, эмбрионы¹⁹, а в обозримом будущем — и вероятность физического клонирования с последующим внедрением прижизненных воспоминаний («синкординга»), сформировавшемуся клону, и другие манипуляции, с одной стороны, увеличивают технологическую обеспеченность человека,

¹⁶ См.: Гусейнов А.И. Право как феномен культуры. Дис... д.ю.н. М., 2007. 410 с.

¹⁷ Социологическая школа права в контексте современной юриспруденции / под ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честнова. СПб., 2022. С. 10.

¹⁸ Принята на 31-м пленарном заседании ЕКЭП (Страсбург, 03.12.2018–04.12.2018). Available at: <https://clck.ru/3CfNes> (дата обращения: 15.09.2024)

¹⁹ См.: Союзная Конституция Швейцарской Конфедерации 18.04.1999. Available at: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/21388> (дата обращения: 15.09.2024)

а с другой — усиливают «чувство беспомощности»²⁰. Вне возможности культурной самоидентификации («цифра» аннигилирует антропологическую самость [Павлов В.И., 2011: 5]) правовой статус человека становится все более фиктивным: поскольку личные данные и поведение пользователей становятся объектами тотального контроля и манипуляции, алгоритмы и технологии сбора информации определяют многие аспекты жизни. В конечном счете индивидуум теряет свободу воли, возможность самостоятельно принимать решения и даже не понимает, что его выбор становится предсказуем и управляем.

4. Уровни и направления социокультурной гармонизации права

Гармонизация основных социокультурных характеристик права осуществляется на международном (глобальном, транснациональном, региональном), национальном (федеральном, субъектовом) и локальном (местном) уровнях. При всей обоснованной критике международного права, правовые акты ООН, ЮНЕСКО и других международных организаций по-прежнему являются необходимым критерием соблюдения «принципов равноправия и самоопределения народов, уважения их культуры»²¹; многие правовые акты региональных союзов призваны «углубить солидарность между своими народами при уважении их истории, культуры и традиций»²². На уровне демократических стран право гармонизируется посредством многоуровневого конституционного и текущего законодательства, правоприменительной систем (показателен опыт национальных и национально-территориальных федераций). Локальный уровень правовых актов местного управления/самоуправления отражает возможности сближения правовых установок людей в их повседневном, порой, многовековом соседстве на уровне местных сообществ. Социокультурные особенности права разных уровней имеют взаимную направленность и влияние, хотя, как правило, более развитые правовые цивилизации приносят стандарты (модели поведения), прежде всего связанные с передовыми производственными отно-

²⁰ См.: Ясперс К. Духовная ситуация времени. Available at: <http://lib.ru/FILOSOF/YASPERS/time.txt> (дата обращения: 15.09.2024)

²¹ См.: Устав ООН, подписан 26.06.1945. Available at: <https://www.un.org/ru/about-us/un-charter/full-text> (дата обращения: 15.09.2024)

²² См.: Договор о Европейском союзе 07.02.1992. Available at: <https://eulaw.ru/treaties/teu/> (дата обращения: 15.09.2024)

шениями, в религиозные/традиционные представления о правовой организации жизни доиндустриальных сообществ.

Право как социокультурный феномен тесно связано с религией, которая в ходе исторического развития приобрела секуляризированные формы. Но далеко не все религии разделяют совместимые догматы и ценности. Например, христианство и буддизм имеют коренные различия: в буддизме отсутствует фундаментальный постулат авраамических учений об абсолютном начале человека — душе, произведенной всемогущим Богом. Отсюда следует, что буддистская культура не воспринимает философского (на деле христианского) обоснования фундаментальных правовых актов, закрепляющих права и свободы человека. Кроме того, буддизм, поскольку его «благородные истины» в том числе проповедуют избавление от желаний, вряд ли может стать мировоззренческим фундаментом правового регулирования общества потребления или составить альтернативу иудео-христианской культурной основе отраслей права, обслуживающих рыночную экономику. В связи с этим «международно-правовой потенциал буддизма остается во многом нереализованным, даже по сравнению с аналогичным потенциалом ислама. Буддистские межправительственные организации отсутствуют; программные документы, отражающие, например, буддистское видение прав человека, не приняты; разработка международной проблематики осуществляется ... преимущественно в политологическом ключе» [Толстых В.Л., 2023: 24].

Тем не менее гармонизация как принципиальная позиция для разрешения юридических конфликтов свойственна многим восточным культурам. Например, в Китае и Японии, а также в некоторых других странах Юго-Восточной Азии традиционно существуют правовые установки, порицающие обращение к государственному закону и определяющие такой поступок как недостойный благородного человека. Этика (буддистская, синтоистская) требует разрешать споры путем восстановления социального мира и порядка, не прибегая к публичному суду, в котором одна из соревнующихся сторон может «потерять лицо». Внесудебный компромисс может не соответствовать требованиям рациональности, но восстанавливает гармонию отношений: типичная консультационная оговорка в японских контрактах гласит, что «если в будущем между сторонами возникнет спор в отношении прав и обязанностей, предусмотренных соглашением, стороны урегулируют все споры гармонично и добросовестно путем консультаций». Даже в современной китайской социалистической правовой системе суд зачастую воспринимается как «территория мести и последнее средство». Споры решаются прежде всего

медиацией; на любом уровне разбирательства можно и нужно договариваться. Органы власти также стараются не сразу применять административные меры, а сначала попытаться договориться до суда [Трощинский П.В., 2022: 13].

Попыткой адаптации Всеобщей декларации прав человека (1948) явилась Каирская декларация о правах человека в исламе (1990). Каирская декларация выражает исламскую точку зрения на права человека и дает «общие указания государствам-членам Организации исламского сотрудничества в области прав человека». Декларация подтверждает многие права, гарантированные Всеобщей декларацией, но следует аутентичным понятиям мусульман о Всевышнем, пророках, дозволениях, человеке (мужчине и женщине) и т.д. Документ подтверждает неравенства, закрепленные фикхом и религиозной традицией в семейных, политических и других сферах общества. Так, утверждение, что «женщина равноправна с мужчиной в человеческом достоинстве и наделена как правами, так и обязанностями», корректируются указанием на «самостоятельный гражданский статус женщин»²³, что, очевидно, не тождественно формальному равенству, имеющему христианские корни: «Нет уже Иудея, ни язычника; нет раба, ни свободного; нет мужеского пола, ни женского: ибо все вы одно во Христе Иисусе (Гал. 3:28-29). Указанное противоречие на доктринальном уровне неразрешимо, ибо «если западная теория ... ищет истоки права в природе людей ... то принципиальная черта исламской правовой концепции заключается в том, что источником прав и свобод, наоборот, признается шариат, «божественный закон»» [Сюкийянен Л.Р., 2021: 352].

Трансформация основных свойств права под воздействием экономического фактора, зачастую наиболее мощного в современном социуме, накладывается на его глубинные религиозно-культурные основания: «протестантизм и дух капитализма» соседствуют и кооперируются с иной «хозяйственной этикой мировых религий» [Вебер М., 1990: 56]; формируются причудливые сочетания конфуцианского порядка и особым образом вестернизированной правовой системы КНР²⁴; руководство Республики Индии с ее провозглашенными в Преамбуле Конституции²⁵ социалистическими конституционными

²³ См.: Каирская декларация прав человека от 05.08.1990. Available at: <https://clck.ru/3DRrTe> (дата обращения: 10.04.2024)

²⁴ См.: Трощинский П.В. Правовая система Китая. М., 2016. 472 с.

²⁵ См.: Constitution of India. Available at: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/6771> (дата обращения: 05.02.2025)

принципами и кастовыми пережитками на местах вступает в международно-правовые отношения, учитывая постулаты духовных индуистских практик и т.д.²⁶ Исследования каждого из уровней и направлений гармонизации (согласования) права — предмет многочисленных, специальных юридических исследований, квинтэссенцией которых может быть утверждение ценности поликультурного развития права как отражения многообразия социумов и лиц, их составляющих.

5. Гуманизм как основа гармонизации права

Право функционирует в условиях социокультурной неоднородности: перманентно создаются и отмирают стереотипы поведения, трансформируются ценности, развиваются «гибридные» регулятивные системы, в которых правосознание, законодательство и правоприменение, выработанные современной правовой цивилизацией, соседствуют и естественно согласуются с иными порядками жизни (например, автохтонных народов, их способами и процедурами разрешения конфликтов), в конечном счете, отношением к человеку. На деле большинство основанных на принципах транснационального конституционализма (права человека — основа глобального правопорядка) современных национальных правовых систем, хотя и не без издержек, сохраняют динамическую стабильность, поскольку представители самых разных сообществ, в том числе воспитанных в альтернативных культурах, так или иначе, благодаря тем же цифровым технологиям, глобальной экономике, вполне социализированы: имеют признаваемые удостоверения личности, конвертируемые дипломы об образовании, востребованные трудовые навыки и, главное, поведение, соответствующее опробованному общественной практикой «самодействующему порядку общества».

Существуют крайности: носители субкультур, прежде всего религиозные фундаменталисты и ультра-традиционалисты, строят свою идентичность посредством утверждения своего превосходства; не признают регуляторов, кроме религиозных/традиционных; отрицают нормы международного права, конституции светских государств, права женщин и разнообразных меньшинств; требуют особых условий; отвергают значимость искусства, научных достижений и т.п., в целом выступают против мирного сосуществования с атеистами и

²⁶ «Я — индуистский националист»: Премьер-министр Индии Нарендра Моди — в 10 цитатах. Available at: <https://www.kommersant.ru/doc/5481404#id=5> (дата обращения: 15.09.2024)

«инородцами». Такие крайности в том числе порождают экстремизм и терроризм, против которых зачастую бессильны обычные меры юридической ответственности²⁷. Девиации доправовых или антиправовых культур могут быть на какое-то время «задавлены» экстраординарными мерами государственного принуждения, однако «можно привести немало примеров так называемого попятного движения, когда развал непрочных, сшитых на живую нитку военного насилия ранних государств отбрасывал племена, в них втянутые, к родоплеменному быту, традиционным обычаям и потестарным структурам» [Мальцев Г.В., 2016: 460]. «Не дозревшие» до правовой организации социумы (это не касается отдельных индивидов) вряд ли возможно ввести в рамки современных правовых систем.

Правовая цивилизация может отрицаться не только невежественными, но и отдельными высокообразованными носителями «иной» социально-культурной традиции — в том числе из бывших колоний или национальных окраин. В таком случае леволиберальная идея прав человека, т.е. в конечном итоге «идея равенства людей независимо от их принадлежности к конкретному государству, этносу, нации, религиозной или социальной общности и т.д.»²⁸ не срабатывает. Отсюда востребованность правопопулистских идей разрешения вопросов культурно-цивилизационных конфликтов через полный запрет миграции и прозелитизма, жесткие визовые меры и даже сецессию субъектов федерации, вызванные невозможностью примирить культуры, признающие человека, его права и свободы высшей ценностью, и отрицающие «человекоцентризм», обнаруживающие в человеке только средство достижения узкодогматических целей²⁹. Все же при всех хорошо известных издержках «общегуманистического настроения на партнерство»³⁰, непрерывная, последовательная работа законодателя и правоприменителя, направленная на «движение человечества к глобальному союзу» [Зорькин В.Д., 2016: 8], гораздо ближе к вектору достижения и поддержания социального мира, нежели построение автаркических утопий.

²⁷ См.: Соснин В.А. Современный терроризм и проблема мотивации террористов-смертников // Национальный психологический журнал. 2010. № 2. С. 52–55.

²⁸ См.: Зорькин В.Д. Нам предстоит найти работающие концепции интеграции этносообществ в государство...

²⁹ См.: Саррацин Т. Германия: самоликвидация. М., 2016. 560 с.

³⁰ Бондарь Н.С. Конфликт культур современных судебно-правовых систем: социальная справедливость или экономический прагматизм? / Доклад на Пленарном заседании XXI Международных Лихачевских научных чтений. 25.05.2023. Available at: <https://clck.ru/3CfJoa> (дата обращения: 15.09.2024)

Невозможно автоматически распространять нормы, выработанные современной правовой цивилизацией (гуманистические принципы, права человека, дозволения и запреты), на любые формы объединения личностей и их способы регулирования отношений. Правоприменительная практика демонстрирует недостатки современных централизованных юридических систем: «Наличие закона зачастую считается решением проблемы» [Хабриева Т. Я., 2009: 24]. При этом упускается из виду, что только практика, длительная и успешная реализация способна содействовать гармонизации характеристик права, проявляющихся в поведении представителей различных культур. Полной гармонизации характеристик права, согласия по всем или даже по большинству правил поведения ни законодательству Древнего Рима, ни религиозным социально-правовым доктринам, ни системе социалистической законности Советского Союза достичь не удалось: законность, религия, идеология не только объединяют лиц различных взглядов, но и провоцируют их противостояния. Очевидно, что центром согласия может быть сам человек, отсюда весь пафос, сформированных после мировых катастроф прошлого века, международно-правовых норм: Устава ООН, Международного билля о правах человека и др.

Гармонизация конфликтных характеристик права (сопряженных с ним норм и практик) по-прежнему мыслима лишь при их приведении к общему знаменателю, благодаря которому достигим относительный социальный мир. Нюансы культуры усложняют согласование правил общежития, но не делают невозможным; пределом, за которым наступает хаос антиправового общества, является отношение к человеку и его жизни: «человекоцентризм» следует понимать не в качестве эвфемизма вседозволенности, но в качестве синонима гуманизма, ориентированного на «достоинство, присущее всем членам человеческой семьи»³¹. Распознаваемые по признаку отсутствия признания права на «жизнь, свободу, личную неприкосновенность» социокультурные особенности должны изживаться; прочие, принципиально согласуемые в обществе, реализующем принцип «*Quod licet Iovi, non licet bovi*» (лат. «разрешено все, что не запрещено»), — культивироваться. Абсолютного примирения конфликтных взглядов на право и гуманизм, видимо, достичь не удастся, но в каждом случае мы можем руководствоваться идеей, согласно которой «любые цивилизационные ценности хороши среди живых, а не среди мертвых».

³¹ См.: Всеобщая декларация прав человека / Принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН 10.12.1948.

Права и свободы человека по-прежнему определяют уровень прогресса современных правовых цивилизаций, находящихся в состоянии постоянной трансформации, конвергенции и жесткой конкуренции (временами, кризиса): социальные регуляторы, сложившиеся в светских индустриальных и постиндустриальных обществах, проникают в быт локальных сообществ экономически отсталых стран, а целые районы европейских городов следуют нормам, сформированным социокультурной средой мигрантов из аграрных, зачастую глубоко религиозных (исламских, буддийских, индуистских и пр.) регионов Земного шара. Проблемой является асинхронность взглядов на человека, его права и свободы [Сюкияйнен Л.Р., 2013: 149–174]. Аргументируется мнение, согласно которому «для многих самобытных цивилизаций современности достижения европейцев порой имеют оскорбительный характер и в антропологическом плане сопрягаются с унижением» [Небрятенко Г.Г., 2010: 14]. При этом из виду упускаются цели пребывания приверженцев «оскорбленной и униженной» цивилизации в странах с более высоким уровнем жизни, созданном в том числе благодаря культурно-правовым отличиям.

Не исключено, что воплощение принципа технологического детерминизма вскоре откроет доступные средства модификации антропологических свойств человека (тела, интеллекта), тогда, например, генетические коррекции приведут к радикальным различиям между разновидностями Homo совсем иного уровня, нежели религиозные, этнические или кастовые. Вероятно, появятся особи с «исправленной» природой, и человек потеряет свойства однородного субъекта; легализуются новые лица нормативного регулирования (высшие животные, искусственный интеллект и т.п.); будут востребованы неизвестные ныне инновационные регуляторы, этика трансгуманизма.

Заключение

Право в качестве социокультурного явления перманентно диверсифицируется под воздействием общественной практики, столетиями возвращающей общепризнанные нормы поведения и способы разрешения этнических, религиозных и других конфликтов. Однако современные международные акты, либеральные конституции и национальное законодательство не в должной мере решают проблемы «столкновения цивилизаций», порой оказываются малоэффективными в налаживании диалога и обретении социального консенсуса в глобальном мире, где мобильное население стран с преобладающим

традиционным и/или религиозным сознанием значительно возросло, в то время как индустриальные и постиндустриальные сообщества испытывают демографический кризис.

Конфликт цивилизаций принципиально возможно разрешить посредством правовых актов, механизмов правовой медиации, судебных и административных процедур различного уровня. В то же время наиболее острые проблемы современного права, проявляющиеся в противостоянии крайностям антигуманистических социально-культурных девиаций, во многом обусловлены непоследовательностью правоприменения, влиянием на него политических и экономических интересов. Гармонизация конфликтных характеристик права на основе выработки и реализации общепризнанных норм наиболее эффективна на уровне локальных сообществ: *ad hoc* (лат. «для данного случая»), однако в целях защиты собственной культурной идентичности социумов, развивших правовые цивилизации, в том числе предполагает императивно-принудительное исполнение требования уважения жизни, свободы и личной неприкосновенности каждого человека. Для этого необходима воля ответственной перед нынешним и будущими поколениями публичной власти, поскольку: «*Ubi societas, ibi jus est*» (лат. «где есть общество, есть и закон»).



Список источников

1. Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования. М.: Academia, 2004. 944 с.
2. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Норма, 1998. 624 с.
3. Вагнер П. Макс Вебер и модерн XXI века // Социологическое обозрение. 2019. Том 18. № 4. С. 212–230. DOI: 10.17323/1728-192x-2019-4-212-230
4. Вебер М. Избранное. Протестантская этика и дух капитализма. М.: Центр гуманитарных инициатив, 2017. 656 с.
5. Зорькин В.Д. Цивилизация права и развитие России. М.: Норма, 2016. 416 с.
6. Кардозо Б. Природа судейской деятельности. М.: Статут, 2017. 112 с.
7. Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М.: Российская академия правосудия, 2012. 578 с.
8. Маркс К. Введение. Производство, потребление, распределение, обмен (обращение) / Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 46. Ч. 1. М.: Издательство политической литературы, 1968. С. 28-36.
9. Мальцев Г.В. Месть и возмездие в древнем праве. М.: Норма, 2012. 735 с.
10. Мальцев Г.В. Культурные традиции права. М.: Норма, 2016. 608 с.
11. Монтескье Ш. О духе законов: Избранные произведения. М.: Государственное издательство политической литературы, 1955. 803 с.

12. Небрятенко Г.Г. Доктрина правовой семьи традиционного (обычного) права: современное состояние и перспективы модернизации // *Философия права*, 2010, № 5. С. 10–14.
13. Павлов В.И. От классического к неклассическому юридическому дискурсу. Очерки общей теории и философии права. Минск: Академия МВД, 2011. 319 с.
14. Пашенцев Д.А. Особенности правоприменения в условиях цифровизации общественных отношений // *Вестник СПбГУ. Право*. 2020. Том 11. Вып. 1. С. 35–49. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.103>
15. Рицер Дж. Макдональдизация общества. М.: Практикс, 2011. 592 с.
16. Розанов В.В. Собрание сочинений. Когда начальство ушло... М.: Республика, 1997. 671 с.
17. Скакун О.Ф. Общее сравнительное правоведение: Основные типы (семьи) правовых систем мира. Киев: Ин Юре, 2008. 460 с.
18. Скиннер К. Мотивы, намерения и интерпретация текстов / Кембриджская школа. Теория и практика интеллектуальной истории. М.: Новое литературное обозрение, 2023. С. 123–142.
19. Сюкияйнен Л.Р. Исламское право и диалог культур в современном мире. М.: ВШЭ, 2021. 684 с.
20. Тайлор Эд. Антропология (Введение к изучению человека и цивилизации). СПб: Билибин и К, 1882. 437 с.
21. Толстых В.Л. Буддизм и международное право // *Российский юридический журнал*. 2023. № 5. С. 7–26.
22. Трощинский П.В. В Китае суд—территория мести. Угрожать судом — значит фактически объявить войну // *Закон*. 2022. № 5. С. 8–15.
23. Усовская Э. А. Постмодернизм. Минск: Тетрасистемс, 2006. 252 с.
24. Хабриева Т.Я. Правовое измерение научного прогресса // *Журнал российского права*. 2009. № 8. С. 14–24.
25. Хантингтон С. Столкновение цивилизаций. М.: АСТ, 2003. 603 с.
26. Шумпетер Й.А. Теория экономического развития. Капитализм, социализм и демократия. М.: Эксмо, 2008. 864 с.
27. Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб.: Консорциум, 2011. 704 с.
28. Kalman L. *Legal Realism at Yale, 1927–1960*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2016. 326 p.



References

1. Bell D. (2004) *The coming postindustrial society. Experience in social forecasting*. Moscow: Academia, 944 p. (in Russ.)
2. Berman G. (1998) *Western tradition of law: era of formation*. Moscow: Norma, 624 p. (in Russ.)
3. Cardoso B. (2017) *The nature of judicial activity*. Moscow: Statut, 112 p. (in Russ.)
4. Ehrlich O. (2011) *Basics of sociology of law*. Saint Petersburg: Consortium, 704 p. (in Russ.)
5. Huntington S. (2003) *Clash of civilizations*. Moscow: AST, 603 p. (in Russ.)
6. Kalman L. (2016) *Legal realism at Yale, 1927–1960*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 326 p.

7. Khabrieva T. Ya. (2009) Legal dimension of scientific progress. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 8, pp. 14–24 (in Russ.)
 8. Lapaeva V.V. (2012) *Types of legal understanding: theory and practice*. Moscow: Russian Academy of Justice, 578 p. (in Russ.)
 9. Maltsev G.V. (2012) *Revenge and retribution in ancient law*. Moscow: Norma, 735 p. (in Russ.)
 10. Maltsev G.V. (2016) *Cultural traditions of law*. Moscow: Norma, 608 p. (in Russ.)
 11. Marx K. (1968) Production, consumption, distribution, exchange (circulation). In: Marx K., Engels F. Works. Vol. 46. Moscow: Politizdat, pp. 28–36 (in Russ.)
 12. Montesquieu S. (1955) *On the spirit of laws*. Moscow: Politizdat, 803 p. (in Russ.)
 13. Nebratenko G.G. (2010) Doctrine of family of traditional (customary) law: state and prospects for modernization. *Filosofia prava*=Philosophy of Law, no. 5, pp. 10–14 (in Russ.)
 14. Pashentsev D.A. (2020) Law enforcement in the conditions of digitalization of public relations. *Vestnik Sankt-Peterbutgskogo Universiteta. Pravo*=Bulletin of Saint Petersburg University. Law, no. 1, pp. 35–49 (in Russ.) <https://doi.org/10.21638/spbu14.2020.103>
 15. Pavlov V.I. (2011) From classical to non-classical legal discourse. Essays on theory and philosophy of law. Minsk: Academy of Internal, 319 p. (in Russ.)
 16. Ritser J. (2011) McDonaldization of society. Moscow: Praxis, 592 p. (in Russ.)
 17. Rozanov V.V. (1997) Collected works. When the authorities have left. Moscow: Respublika, 671 p. (in Russ.)
 18. Schumpeter J.A. (2008) *Theory of economic development. Capitalism, socialism and democracy*. Moscow: Eksmo, 864 p. (in Russ.)
 19. Skakun O.F. (2008) General comparative jurisprudence: main types (families) of world legal systems. Kiev: In Yure Press, 460 p. (in Russ.)
 20. Skinner K. (2023) Motives, intentions and the interpretation of texts. In: Cambridge School. Theory and Practice of Intellectual History. Moscow: New Literary Review, pp. 123-142 (in Russ.)
 21. Syukiyainen L.R. (2021) *Islamic law and dialog of cultures in the modern world*. Moscow: HSE, 684 p. (in Russ.)
 22. Tylor E. (1882) Anthropology (introduction to the study of man and civilization). Saint Petersburg: Bilibin, 437 p. (in Russ.)
 23. Tolstykh V.L. (2023) Buddhism and international law. *Rossiyskiy juridicheskiy zhurnal*=Russian Law Journal, no. 5, pp. 7–26 (in Russ.)
 24. Troshchinsky P.V. (2022) In China the court is territory of revenge. To threaten by court means actually to declare war. *Zakon*=Law, no. 5, pp. 8–15 (in Russ.)
 25. Usovskaya E. A. (2006) *Postmodernism*. Minsk: Tetrasystems, 252 p. (in Russ.)
 26. Wagner P. (2019) Max Weber and modernity of the XXI century. *Sociological Review*, no. 4, pp. 212–230. DOI: 10.17323/1728-192x-2019-4-212-230
 27. Weber M. (2017) *Protestant ethics and spirit of capitalism*. Moscow: Center for Humanitarian Initiatives, 656 p. (in Russ.)
 28. Zorkin V.D. (2016) *Civilization of law and development of Russia*. Moscow: Norma, 416 p. (in Russ.)
-

Информация об авторе:

И.В. Левакин — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

I.V. Levakin — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 24.09.2024; одобрена после рецензирования 14.01.2025; принята к публикации 04.02.2025.

The article was submitted to editorial office 24.09.2024; approved after reviewing 14.01.2025; accepted for publication 04.02.2025.

Научная статья

УДК: 341.9

JEL: K33

DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.27.57

Генезис термина «международное частное право» в российской доктрине XIX века: от юридического наследия к современности



**Наталья Юрьевна Ерпылева¹,
Ирина Викторовна Гетьман-Павлова²**

^{1,2}Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
Россия, 101000 Москва, Мясницкая ул. 20,

¹natasha.erpyleva@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3103-6917>

²getmanpav@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2428-8016>



Аннотация

Статья представляет собой результат авторского исследования текстов российских дореволюционных ученых на предмет установления, когда именно и кем термин «международное частное право» был введен в юридический контент путем опубликования в общедоступном печатном издании. Цель исследования — поиск новых данных и фактов с тем, чтобы ввести их в научный оборот, попытаться ликвидировать имеющиеся пробелы и закрыть «белые пятна» в истории науки МЧП. Методология исследования — исторический и догматический методы, дедукция и индукция, методы сравнительного анализа и сравнительного правоведения. В статье подчеркивается, что к любым «общеизвестным фактам» в юридической науке (особенно связанным с ее историей) следует подходить с большой осторожностью, не допуская их трансформации в клише, препятствующие поиску и восприятию новой информации. Авторы анализируют, каким образом в российской доктрине утвердился «общеизвестный факт» о том, что пальма первенства введения термина МЧП принадлежит проф. Н.П. Иванову. Также акцентируется внимание на работах современных российских исследователей, опровергнувших данный «факт», но открытия которых пока практически не востребованы в учебной и науч-

ной литературе. В ходе изучения дореволюционного юридического наследия авторам удалось установить, что впервые термин «частное международное право» был опубликован в печатном издании в 1856 г., и его авторство принадлежит проф. Д.И. Каченовскому. Вторым автором, опубликовавшим в печати данный термин, был В.И. Пероговский (1859), третьим — Н.С. де Галет (1860), четвертым — проф. А.Н. Стоянов (1862). Сделан вывод, что на сегодняшний день заслуга введения в научный оборот термина МЧП в России принадлежит проф. Д.И. Каченовскому. Разумеется, эти данные актуальны только пока не найдена новая информация. Российская дореволюционная литература по МЧП, вопреки устоявшемуся мнению, чрезвычайно богата и изучена отнюдь не полностью; ее внимательное освоение необходимо всегда как с теоретической, так и с практической точки зрения.



Ключевые слова

международное частное право; история; доктрина; термин; российская дореволюционная литература; приоритет; общеизвестный факт.

Благодарности: авторы благодарят проф. С.В. Бахина и Ю.А. Комнатную, исследования которых послужили источником вдохновения для настоящей статьи.

Статья подготовлена с использованием материалов справочно-поисковой системы Консультант Плюс.

Для цитирования: Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Генезис термина «международное частное право» в российской доктрине XIX века: от юридического наследия к современности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 1. С. 27–57. DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.27.57

Research article

Genesis of Term “Private International Law” in the Russian Doctrine of the 19th Century: from Legal Heritage to Modernity



**Natalia Yuryevna Erpyleva¹,
Irina Viktorovna Getman-Pavlova²**

^{1,2} National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia,

¹ natasha.erpyleva@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3103-6917>

² getmanpav@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2428-8016>



Abstract

The article is the result of the authors' study of the texts of Russian pre-revolutionary scholars in order to establish when exactly and by whom the term “Private International Law” was introduced into legal content by publishing in a publicly available printed

publication. The purpose of the study is to search for new data and facts to introduce them into scientific circulation, to try to eliminate gaps and close the “blank spots” in the history of the science of Private International Law. The methodology of the study is historical and dogmatic methods, deduction and induction, methods of comparative analysis and comparative law. The article emphasizes that any “well-known facts” in legal science (especially those related to its history) should be approached with great caution, not allowing them to transform into clichés that hinder the search for and perception of new information. The authors analyze how the “well-known fact” that the first to introduce the term “Private International Law” belongs to prof. N.P. Ivanov has become established in the Russian doctrine. The focus is also on the works of modern Russian experts who have refuted this “fact”, but whose discoveries are still practically not in demand in educational and scientific literature. In the course of studying the pre-revolutionary legal heritage, the authors were able to establish that the term “Private International Law” was first published in print in 1856, and its authorship belongs to prof. D.I. Kachenovsky. The second author to publish this term in print was V.I. Perogovsky (1859), the third was N.S. de Galet (1860), and the fourth was prof. A.N. Stoyanov (1862). It is concluded that to date, the merit of introducing the term “Private International Law” into scholar circulation in Russia belongs to prof. D.I. Kachenovsky. Of course, these data are relevant only until new information is found. Contrary to popular belief, Russian pre-revolutionary literature on Private International Law is extremely rich and has not been fully studied; its careful study is always necessary from both a theoretical and a practical point of view.



Keywords

private international law; history; doctrine; term; Russian pre-revolutionary literature; priority; well-known fact.

Acknowledgments: the authors thank prof. S.V. Bakhin and Yu.A. Komnatnaya, whose research served as a source of inspiration for this article.

The article was prepared using materials from the reference and search system Consultant Plus.

For citation: Erpyleva N.Yu., Getman-Pavlova I.V. (2025) Genesis of Term «Private International Law» in the Russian Doctrine of 19th Century: from Legal Heritage to Modernity. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 1, pp. 27–57 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.27.57

Введение. Постановка проблемы

В век высоких технологий заниматься историей науки вроде бы совсем не функционально — есть намного более острые и актуальные проблемы. Однако самая современная проблематика, по общему правилу, имеет фундамент и корни в глубоком прошлом, изучение которого способно оказать нам неоценимую помощь в решении новых задач. Кроме того, поиск в прошлом новых фактов и открытие новых имен в определенной степени способствуют торжеству

справедливости, поскольку помогают с благодарностью вспомнить тех, кто стоял у истоков нашей науки и начинал ее формирование.

К тому же в науке международного частного права (далее — МЧП), как и во всех других гуманитарных науках, существует очень много «общеизвестных» фактов, которые, кочуя из издания в издание, ввиду своей «общеизвестности» не проверяются и не подвергаются сомнению. При этом, когда мы внимательно углубляемся в прошлое, мы неожиданно обнаруживаем, что какой-то «общеизвестный» факт является только «общеизвестным», но никак не фактом — в действительности было совсем по-другому. Зачастую общеизвестность приводит к формированию клише, от которых трудно отказаться, что в свою очередь демотивирует поиск новой информации и способствует стагнации научной мысли.

В частности, в науке МЧП есть общеизвестный факт — в 1834 г. американский ученый-юрист, судья Верховного суда США Джозеф Стори (Joseph Story) придумал термин МЧП¹, который в 1840–1841/1843 гг. был воспринят на континенте; во французскую литературу введен Г. Фёликсом (Jean Jacques Gaspard Foelix), в немецкую — В. Шеффнером (Wilhelm Schaeffner) [Перетерский И.С., Крылов С.Б., 1940: 12]; [Мережко А.А., 2006: 95, 121]². Приоритет Дж. Стори³ на данный момент сомнению не подлежит — до 1834 г. никакие другие авторы в англоязычной литературе этого термина не использовали. Относительно проникновения термина МЧП в немецкую доктрину вопросов также нет — В. Шеффнер в своей книге непосредственно на Дж. Стори ссылается⁴.

¹ Здесь и далее «термин МЧП» подразумевает как «международное частное право», так и «частное международное право» (словосочетание, доминировавшее в российской дореволюционной доктрине).

² См. также: Международное частное право. Общая часть / под общ. ред. Е.В. Бабикиной. Минск, 2019. Available at: URL: <https://elib.bsu.by/handle/123456789/269366> (дата обращения: 25.01.2025); Goldschmidt W. Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Buenos Aires, 1990. P. 76. Available at: https://www.academia.edu/11202991/Derecho_Internacional_Privado_Goldschmidt_werner_ (дата обращения: 25.01.2025); Berger K. Materialsammlung zum Grundkurs Internationales Privatrecht. 2022–2023. Available at: https://bankrecht.uni-koeln.de/uploads/Lehrveranstaltungen/WS2022_23/IPR_Materialsammlung.pdf (дата обращения: 25.01.2025)

³ Story J. Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights and Remedies, and especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills. Boston, 1834. P. 9. Available at: <https://archive.org/details/commentariesoncon00stor/page/n9/mode/2up> (дата обращения: 25.01.2025)

⁴ Scheffner W. Entwicklung des internationalen Privatrechts. Frankfurt am Main, 1841. S. 3. Available at: <https://archive.org/details/entwicklungdesi00schagoog> (дата обращения: 25.01.2025)

По поводу появления термина МЧП во французской доктрине возникают вопросы. В советской литературе высказывалось мнение, что введение в оборот этого термина в странах романской правовой семьи — главным образом заслуга Г. Фёликса [Крылов С.Б., 1930: 13]. В работах Г. Фёликса 1843 г.⁵ термин МЧП есть, но на какой-либо источник автор не ссылается. В первом издании своего масштабного труда «Трактат о частном международном праве или коллизия законов разных стран в вопросах частного права» французский ученый называет Дж. Стори среди правоведов, занимающихся проблемами МЧП, но не указывает его как автора термина. Между тем, во Франции к тому времени уже был распространен термин «международное гражданское право», авторство которого приписывается Порталису (Jean-Étienne-Marie Portalis), одному из основных творцов Кодекса Наполеона. Вроде бы сохранились данные, в соответствии с которыми Порталис в 1803 г. в академической дискуссии употребил подобное выражение [Камаровский Л.А., 1892: 38]⁶. В связи с этим вполне возможно, что Г. Фёликс сам додумался до термина МЧП, видоизменив словосочетание своих французских коллег, а не заимствовал его у Дж. Стори.

Во всяком случае, американский ученый-юрист, судья Верховного суда США и дипломат Г. Уитон (Henry Wheaton) во втором издании (предисловие к которому он писал, находясь в Париже) известного произведения «Элементы международного права»⁷ о МЧП пишет и термин МЧП употребляет, однако авторство термина не указывает. Анализ проблематики при этом во многом основан на первом издании «Трактата» Фёликса (1843), которого Уитон обильно цитирует. Заметим попутно, что в первом издании «Элементов» (1836 г., т.е.

⁵ Foelix J.-J.G. De l'Effet ou de l'exécution des jugements dans les pays étrangers. Paris: Joubert, 1843. P. V. Available at: https://archive.org/details/bub_gb_r7LgxTD75KQC (дата обращения: 25.01.2025); Foelix J.-J.G. Traité du droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé. Paris, 1843. P. 11. Available at: <https://archive.org/details/traitedudroitint00foelgoog/page/XIV/mode/2up> (дата обращения: 25.01.2025)

⁶ Проф. Грабарь В.Э. в связи с этим утверждал следующее: «Термин «международное гражданское право»... был впервые употреблен известным французским юристом начала XIX в. Порталисом. Представляя Парижской Академии нравственных и политических наук вышедшую в 1837 г. книгу... он заявил, что ее справедливо можно было бы назвать «международным гражданским правом»» [Грабарь В.Э., 2005: 591]. По-видимому, В.Э. Грабарь имел в виду другого Порталиса — Жозефа Мари Порталиса-младшего, занимавшего в 1837 г. пост президента Кассационного суда Франции. Его отец, Жан Этьен Мари Порталис (один из создателей ФГК) в 1837 г. не мог представлять никаких книг, поскольку скончался в 1807 г.

⁷ Wheaton H. Elements of International Law. Philadelphia, 1846. P. 126, 128. Available at: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc1.b4279454&seq=5> (дата обращения: 25.01.2025)

уже после выхода в свет книги Дж. Стори), Г. Уитон вопросы конфликтов законов исследует, но понятие МЧП не применяет. Таким образом, точно сказать, как именно термин МЧП появился во французской литературе — приплыл ли из-за океана или зародился на собственной почве, — мы не можем.

Похожая ситуация имеет место в отечественной науке МЧП — у нас тоже есть «общеизвестный факт», что термин МЧП в российский юридический оборот в 1865 г. был введен Н.П. Ивановым, будущим профессором Казанского университета. Несмотря на то, что уже более 10 лет назад российские исследователи установили, что это не так, и термин МЧП появился в нашей литературе раньше и не благодаря Н.П. Иванову, в большинстве современных публикаций продолжает фигурировать «общеизвестный факт», а открытие наших коллег остается недостаточно востребованным.

В ходе работы над этой статьей нам также удалось найти новые даты и имена, значимые для истории отечественной доктрины МЧП. Цель настоящей статьи — ввести их в научный оборот. Хотелось бы, чтобы в нашей науке было как можно меньше пробелов и забытых имен, чтобы мы как можно больше знали о своих истоках, о своем происхождении.

1. Становление «общеизвестного факта» об авторстве термина МЧП в российской доктрине

В науке МЧП, как и во всякой другой гуманитарной науке, достаточно «общеизвестных» фактов и общих мест. К ним относятся определения предмета МЧП, иностранного элемента, коллизионной нормы, «триады» вопросов сферы МЧП и многое другое. К таким же общим местам можно причислить и повсеместно распространенное воззрение, что первым автором, привнесшим в российскую доктрину термин МЧП, был будущий профессор Казанского университета Николай Павлович Иванов (1839–1903), в 1864 г. защитивший диссертацию *pro venia legendi*⁸ «Основания частной международной юрисдикции» [Иванов Н.П., 1865: 56].

⁸ Для замещения должности приват-доцента кандидат университета был обязан прочитать две пробные лекции и защитить диссертацию *pro venia legendi*. См.: Пискунов И.В. Правовое положение приват-доцентов российских университетов (1803–1884) // Вестник ПСТГУ II: История. История Русской Православной Церкви. 2014. Вып. 4. С. 98–116. Available at: URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovoe-polozhenie-privat-dotsentov-rossiyskih-universitetov-1803-1884?ysclid=m6cot5a88f913734749> (дата обращения: 25.01.2025)

Диссертация Н.П. Иванова — первое в российской литературе специальное исследование проблематики МЧП и попытка выстроить его систематику. При этом исследование осталось незамеченным современниками автора — нам не удалось отыскать ссылок на эту работу в публикациях 1870–1900-х гг.⁹ На «Основания частной международной юрисдикции» обратили внимание только в начале XX в. [Казанский П.Е., 1902: 495], и книга удостоилась справедливо высоких оценок. Б.Э. Нольде писал: «Заслуга первого изложения конфликтного права в его целом, как самостоятельной отрасли юриспруденции, принадлежала Н.П. Иванову... «Основания частной международной юрисдикции» все же — дата в истории международного частного права в России... Иванов первый в русской литературе ясно и подробно изложил саму постановку вопроса о конфликтах. Формулы его ясны и точны» [Нольде Б.Э., 1917: 10–11]. Однако никто из дореволюционных ученых не утверждал, что пальма первенства относительно введения в научный оборот термина МЧП принадлежит Иванову (во всяком случае, мы таких высказываний не обнаружили). Точно так же их не удалось найти и в советской литературе по МЧП, изданной в 1918–1939 гг.¹⁰

Подобная версия (скорее всего, впервые) была высказана в 1940 г. проф. И.С. Перетерским и проф. С.Б. Крыловым в их совместном учебнике по МЧП. При этом авторский текст имеет явно выраженный предположительный, но отнюдь не утвердительный характер: «В России термин «международное частное право» впервые появился, насколько можно судить [курсив наш. — Н.Е., И.Г.-П.], в работе Н. Иванова «Основания частной международной юрисдикции» (Казань, 1865 г.). На стр. 6 этой брошюры говорится: «Выражения «частная международная юрисдикция», «частное международное право» понимаются в науке в отличие от «публичного международного

⁹ Внимания современников удостоилась другая работа Н.П. Иванова — его магистерская диссертация, первая часть которой была опубликована (Иванов Н.П. Характеристика международных отношений и международного права в историческом развитии. Казань, 1874. 181 с.). См., напр.: Даневский В.П., 1876: 229–231.

¹⁰ См., напр.: Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 1924. 152 с. Available at: URL: https://rusneb.ru/catalog/000199_000009_009116116/?ysclid=m6сrpgmgf8844486257 (дата обращения: 25.01.2025); Гойхбарг А.Г. Международное право. М., 1928. 185 с. Available at: URL: <https://www.cisg.info/dwn.php?id=1129&ysclid=m6сrpinuuqi768873909> (дата обращения: 25.01.2025); Раевич С.И. Международное частное право. М., 1934. 272 с. Available at: URL: https://rusneb.ru/catalog/000199_000009_009332547/?ysclid=m6сrрjz6719927383234 (дата обращения: 25.01.2025); Плоткин М.А. Основные вопросы международного частного права. М., 1937. 139 с. Available at: URL: <https://e-catalog.nlb.by/Record/BY-NLB-rr28371750000> (дата обращения: 25.01.2025)

права» [Перетерский И.С., Крылов С.Б., 1940: 12]. Аргументов, лежащих в основании такого предположения, авторы, к сожалению, не привели. Мы можем только увидеть, что версия о приоритете Н.П. Иванова — это плод совместных размышлений Перетерского и Крылова, поскольку в их авторских курсах, изданных до 1940 г., данная точка зрения отсутствует [Крылов С.Б., 1930]; [Перетерский И.С., 1925].

Предположение, выдвинутое И.С. Перетерским и С.Б. Крыловым, впоследствии не было поддержано большинством других советских исследователей. В.Э. Грабарь, Л.А. Лунц, Д.И. Фельдман, исследовавшие вклад Н.П. Иванова в формирование и развитие российской доктрины МЧП, высоко оценивают его работу и пишут о ней как об отличавшейся «замечательной ясностью и точностью изложения», положившей «начало развитию русской науки международного частного права» [Грабарь В.Э., 2005: 430]; [Лунц Л.А., 2002: 136–137]; [Фельдман Д.И., 1956: 42–43]. Однако никто из них не присоединился к версии И.С. Перетерского и С.Б. Крылова и не писал, что Иванов открыл термин МЧП для российской науки. Впрочем, в советской литературе научным анализом российской дореволюционной литературы мало кто занимался.

Отношение к МЧП в целом в СССР было недружелюбным ввиду прежде всего принципиальной «частноправовой» фобии социалистической теории права [Богуславский М.М., Лисицын-Светланов А.Г., Трунк А., 2013: 655]. Не удивительно поэтому, что в советской литературе по МЧП совсем немного работ, посвященных анализу трудов дореволюционных ученых, — СССР к тому же отрицал свое правопреемство от Российской Империи, и исследования «реакционного, эксплуататорского царского» юридического наследия, мягко говоря, не приветствовались. Советские ученые, естественно, внимательно изучали труды своих предшественников, но многие публикации были в закрытом доступе, а многие имена находились под прямым запретом как «белоэмигранты». Масштабный энциклопедический труд В.Э. Грабаря¹¹, краткий обзор в учебном Курсе МЧП Л.А. Лунца [Лунц Л.А., 2002: 136–140] и спорадические статьи отдельных специалистов [Фельдман Д.И., 1956: 42–43];

¹¹ Грабарь В.Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647-1917). М., 1958. 492 с. Available at: URL: <https://studfile.net/preview/428659/> (дата обращения: 25.01.2025). Несмотря на то, что в этом монументальном труде МЧП отведено весьма скромное место, работа Грабаря была основной источниковедческой базой для всех, кто интересовался развитием и становлением науки МЧП в России.

[Храбсков В.Г., 1979: 91–96] не меняют общей картины и составляют редкие исключения.

В первой половине 1990-х — начале 2000-х годов состоялось массовое «возвращение имен»: история отечественной науки МЧП оказалась в фокусе внимания российских и зарубежных исследователей. В этот период появилось много серьезных и интересных работ, посвященных творчеству дореволюционных юристов¹². Одновременно обнаружился и «общеизвестный» факт: в России термин «международное частное право» был введен в научный оборот именно Н.П. Ивановым. Предположение И.С. Перетерского и С.Б. Крылова трансформировалось в утверждение, которое без ссылки на какой-либо источник¹³ довольно быстро и прочно установилось в доктрине [Абдуллин А.И., 2004: 16]; [Мережко А.А., 2006: 157]¹⁴. Данная точка зрения является безусловно доминирующей и в настоящее время.

Большую роль в формировании и установлении этой позиции сыграл авторитет проф. М.М. Богуславского. Именно в его учебнике, переизданном в начале 1990-х гг., можно прочитать, что «Н.П. Иванов впервые ввел в научный оборот в России и сам термин «международное частное право»» [Богуславский М.М. (а), 1994: 32]. К сожа-

¹² См., напр.: Абдуллин А.И. Становление и развитие науки международного частного права в России: проблема понимания природы международного частного права в трудах российских правоведов XIX века // Журнал международного частного права. 1996. № 3. С. 13–20. Available at: URL: <https://naukaprava.ru/catalog/293/2933188/63678/?ysclid=m6dsq4vygd625884174> (дата обращения: 25.01.2025); Зарубинский Г.М., Ставинский Е.Н. К 125-летию со дня рождения российского правоведа Александра Александровича Пиленко // Правоведение. 1999. № 2(225). С. 53–68. Available at: URL: <https://web.archive.org/web/20160304103938/http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=149047> (дата обращения: 25.01.2025); Международное частное право: отв. ред. Г. К. Дмитриева. М., 2004. С. 41–67. Available at: URL: https://conflictlaws.narod.ru/olderfiles/1/Dmitrieva_G.K_Mezhdunarodnoe_chast-88715.pdf (дата обращения: 25.01.2025)

¹³ Из всей просмотренной литературы ссылку на источник удалось обнаружить только в книге: Международное частное право: Учебник. отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2018. Однако авторы учебника ссылаются на работы В.Э. Грабаря (Грабарь В.Э. Указ. соч. С. 468) и С.М. Кудряшова (Кудряшов С.М. Страницы истории: Николай Павлович Иванов (Зарождение науки международного частного права в России) // Журнал международного частного права = Journal of international private law. 1994. № 4. С. 49–53), хотя ни Грабарь, ни Кудряшов ничего не пишут об Иванове как авторе термина МЧП в России.

¹⁴ См. также: Звекон В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007. С. 102. Available at: URL: https://rusneb.ru/catalog/000199_000009_003144778/?ysclid=m6dt6isdq1750445094 (дата обращения: 25.01.2025); Международное частное право: В 2 т.: Учебник (том 1) / под ред. С.Н. Лебедева, Е.В. Кабатовой. М., 2011. С. 39. Available at: URL: <http://oceanlaw.ru/wp-content/uploads/2018/03-2011.pdf> (дата обращения: 25.01.2025)

лению, проф. Богуславский не аргументировал своей позиции и не привел ссылки на источник. Можно полагать, что его точка зрения основана на предположении И.С. Перетерского и сформировалась в общении с ним. Проф. И.С. Перетерский был научным руководителем кандидатской диссертации М.М. Богуславского, защищенной в 1951 г. в Институте государства и права АН СССР. Естественно, что учитель и ученик регулярно беседовали и дискутировали, и очевидно, что взгляды и концептуальные воззрения учителя оказали большое влияние на ученика. Стоит отметить, что проф. Богуславский упоминает Н.П. Иванова как автора термина МЧП только в тех переизданиях своего учебника, которые имели место в 1990-е гг.¹⁵; в переизданиях 2000-х годов такой фразы нет¹⁶.

Попытаться понять, почему версия о приоритете Н.П. Иванова быстро и прочно вошла в современный юридический контент, как представляется, не составляет большого труда. Учебник И.С. Перетерского и С.Б. Крылова 1940 г. был основным пособием для изучения МЧП во всех советских вузах в течение практически 20 лет. Учебные пособия и монографии других авторов были изъяты из обращения и отсутствовали в открытом доступе (А.Н. Макаров эмигрировал в 1925 г.; С.И. Раевич, М.А. Плоткин и А.Г. Гойхбарг в 1938–1948 гг. были репрессированы). И первое послевоенное поколение советских юристов (к которому принадлежит М.М. Богуславский), и несколько последующих поколений будущих ученых — специалистов по МЧП — получали знания по этому предмету из учебника И.С. Перетерского и С.Б. Крылова. Для них приоритет Н.П. Иванова — это фраза из учебника, не вызывавшая сомнений.

Учебник проф. Л.А. Лунца, вышедший в 1949 г.¹⁷, поначалу пользовался намного меньшим признанием, нежели учебник И.С. Пере-

¹⁵ Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Международные отношения, 1997. С. 34. Available at: URL: <https://m.eruditor.one/file/999186/?ysclid=m6dtq46cfh617826998> (дата обращения: 25.01.2025)

¹⁶ Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. М: Юристъ, 2002. 462 с. Available at: URL: <https://www.booksite.ru/localtxt/bog/usl/avs/kiy/?ysclid=m6dtrj0ddb676836173> (дата обращения: 25.01.2025); Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. 7-е изд. М.: Норма, 2021 // СПС Гарант. Любопытный факт — утверждение об авторстве Иванова есть только в тех учебниках, которые выходили в издательстве «Международные отношения». В изданиях, вышедших в издательствах «Юристъ» и «Норма», об этом не упоминается. См., напр.: Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. М: Юристъ, 1999. С. 32. Available at: URL: <https://studfile.net/preview/845369/> (дата обращения: 25.01.2025)

¹⁷ Лунц Л.А. Международное частное право: учебник. М., 1949. 368 с. Available at: URL: https://rusneb.ru/catalog/000199_000009_005832095/?ysclid=m6dvt4esgv658373001 (дата обращения: 25.01.2025). При этом за рубежом он был замечен практически сразу: Kiralfy A.K.R.

терского и С.Б. Крылова (к тому же переизданный в 1959 г.)¹⁸. Только в начале 1960-х гг. одновременно с вступлением в силу Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик (1961)¹⁹, в разработке которых Л.А. Лунц принимал самое активное участие, его Курс МЧП заслуженно получил не только общесоюзное, но и мировое признание²⁰ и стал играть главенствующую роль в юридическом образовании²¹. Почти четверть века этот Курс был самым востребованным учебником по МЧП. Л.А. Лунц, напомним, высоко ценил вклад Н.П. Иванова в становление российской науки МЧП, но никогда не отдавал ему пальмы первенства во введении термина. Те юристы, кто изучал МЧП по Курсу Л.А. Лунца, в подавляющем большинстве своем и не подозревали о такой роли Н.П. Иванова.

Однако трехтомный труд Л.А. Лунца выдержал всего два издания (Общая часть—три), в 1980-х—1990-х гг. он не переиздавался. Со второй половины 1980-х гг. наиболее популярным в юридическом образовании был учебник проф. М.М. Богуславского, особенно его издания 1989 и 1994 гг. Вряд ли можно найти какое-либо иное учебное пособие, имевшее настолько широкую аудиторию: книга была востребована не столько преподавателями и студентами, сколько практиками — юрисконсультантами и судьями, неожиданно столкнувшимися с невиданной ранее категорией гражданских споров, свя-

A Soviet Approach to Private International Law // *The International Law Quarterly*. 1951. Vol. 4. No. 1. P. 120-125. Available at: <http://www.jstor.org/stable/763086> (дата обращения: 25.01.2025); Drucker A. Soviet Views on Private International Law // *The International and Comparative Law Quarterly*. 1955. Vol. 4. No. 3. P. 384-389. Available at: URL: <http://www.jstor.org/stable/755135> (дата обращения: 25.01.2025)

¹⁸ *Международное частное право. Учебник / Крылов С.Б., Перетерский И.С. М., 1959. 227 с.* Available at: URL: https://rusneb.ru/catalog/000201_000010_BJVVV1034493/?ysclid=m6dulvqkne91584564 (дата обращения: 25.01.2025)

¹⁹ Речь, конечно, идет, прежде всего, о Разделе VIII. Правоспособность иностранных граждан и лиц без гражданства. Применение гражданских законов иностранных государств и международных договоров.

²⁰ См., напр: Jann E. Private International Law in the Soviet Union and Eastern Europe // *The Quarterly Journal of the Library of Congress*. 1965. Vol. 22. No. 4. P. 347–375. Available at: URL: <https://www.jstor.org/stable/29781191> (дата обращения: 25.01.2025); Kinsch P. Private International Law in Totalitarian States / *Essays in Honour of Michael Bogdan*. Juristförlaget i Lund, 2013. P. 175-187. Available at: URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2381469 (дата обращения: 25.01.2025)

²¹ Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 1959-1966. Курс создавался в течение нескольких десятилетий. Общая часть (т. 1) вышла в свет в 1959 г., Особенная (т. 2) — в 1963 г., международный гражданский процесс (т. 3) — в 1966 г. В 1970-х годах выходит измененное и дополненное издание Курса. Общая часть переиздается в 1970 и 1973 гг., Особенная — в 1975 г., международный гражданский процесс — в 1976 г.

занных с иностранным правом. Учебник 1994 г., в котором анализировалось новое регулирование—Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик (1991)²², — был поистине настольной книгой в судах общей юрисдикции, государственных арбитражных судах, в нотариальных конторах и юридических консультациях.

Именно в издании 1994 г. проф. М.М. Богуславский написал, что Н.П. Иванов первым в России употребил термин МЧП. В предыдущих изданиях подобное утверждение отсутствовало²³. Кроме того, утверждение об авторстве Н.П. Иванова есть и в очень авторитетной коллективной монографии «Международное частное право: современные проблемы» [Богуславский М.М. (б), 1994: 44], ответственный редактор которой — проф. М.М. Богуславский. Эта монография, вышедшая в 1994 г., была практически первым специальным трудом по вопросам МЧП, изданным в постсоветской России, и привлекла большое внимание. Неудивительно, что миллионная (в совокупности — точно не меньше!) читательская аудитория приняла тезис об авторстве Н.П. Иванова как «общеизвестный» факт. В немалой степени этому способствовал и вспыхнувший в эти годы интерес к истории МЧП, желание обратиться к истокам нашей науки и максимально закрыть все белые пятна.

Представляется также, что «общеизвестный» факт относительно приоритета употребления Н.П. Ивановым термина МЧП в России сформировался и благодаря книге В.Э. Грабаря, точнее, превратно понятой, взятой вне контекста одной его фразы: «Любопытно отметить, что Н.П. Иванов первым из русских авторов употребил термин «международное гражданское право» как равнозначный международному частному праву» [Грабарь В.Э., 2005: 597]. Действительно, может сложиться впечатление, что проф. В.Э. Грабарь декларирует — Н.П. Иванов первым из русских авторов употребил термин МЧП. Однако такое впечатление является ложным, и когда мы воспринимаем процитированную фразу в контексте, то приходим к иному ее пониманию.

²² Раздел VII. Правоспособность иностранных граждан и юридических лиц. Применение гражданских законов иностранных государств и международных договоров.

²³ Богуславский М.М. Международное частное право. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Международные отношения, 1982. 336 с. Available at: URL: <https://naukar.gov.ru/catalog/293/2933068/75957/> (дата обращения: 25.01.2025); Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. М.: Международные отношения, 1989. 365 с. Available at: URL: <https://www.cisg.info/dwn.php?id=1044> (дата обращения: 25.01.2025)

О МЧП проф. В.Э. Грабарь пишет в § 57. Международное гражданское право («Международное частное право»)²⁴, и в этом параграфе он обосновывает применение термина «международное гражданское право», определяет его понятие и сферу действия, место в правовой системе, историю появления в доктрине, указывает авторов, придерживающихся данной терминологии. Ученый пишет, что международное гражданское право «часто именуется международным частным правом» [Грабарь В.Э., 2005: 591–592, 590], но это неправильно, потому что МЧП — более узкое понятие, которое «давно было принято отождествлять с коллизионным правом в чистом виде или с добавлением к нему вопросов гражданства, прав иностранцев и вопросов процессуального права». Институт коллизионного права при этом имеет процессуальный характер. МЧП — это раздел международного гражданского права, посвященный учению о столкновении законов [Грабарь В.Э., 2005: 592, 595, 591].

В.Э. Грабарь отмечает, что в российской литературе термин «международное гражданское право» применяет проф. П.Е. Казанский, который трактует его в широком смысле, но наряду с ним употребляет и термин МЧП, «считая, по-видимому, оба термина равнозначными» [Грабарь В.Э., 2005: 591]. По мнению В.Э. Грабаря, это неправильно с содержательной точки зрения и вносит терминологическую путаницу. В связи с этим и терминология, используемая другим ученым — В.П. Даневским также «сбивчива»: «В заголовке отдела он [Даневский] говорит о «частном гражданском международном праве», но в дальнейшем употребляет лишь термин «частное международное право». Определение ему он дает широкое... но излагает только коллизионное право с добавлением права иска иностранцев судебных поручений и исполнения решений иностранных судов» [Грабарь В.Э., 2005: 592].

Таким образом, проф. В.Э. Грабарь вкладывает разное содержание в термины «международное гражданское право» и «международное частное право», и выступает сторонником первого. Термин МЧП не вызывает у него симпатии, тем более что «все признают недостатки этого термина, но, по традиции, продолжают им пользоваться... В русской литературе все авторы пользуются термином «международное частное право», но часто с оговоркой, что они делают это, чтобы не отступать от традиции» [Грабарь В.Э., 2005: 596]. Анализируя вклад Н.П. Иванова в русскую науку, проф. В.Э. Грабарь подчеркивает именно этот момент — Н.П. Иванов первым в русской

²⁴ Пунктуация автора. См.: [Грабарь В.Э., 2005: XVI, 590].

литературе отождествил понятия «международное гражданское право» и «международное частное право». Проф. В.Э. Грабарь отнюдь не утверждает, что Н.П. Иванов первым в российской доктрине употребил термин МЧП.

2. Введение термина «частное международное право» в российский юридический оборот в 1856–1862 гг.: Д.И. Каченовский, В.И. Пероговский, Н.С. де Галет, А.Н. Стоянов

В конце 2000-х — начале 2010-х гг. проблематика становления и развития науки МЧП в дореволюционной России привлекла внимание ученого из Белгорода Ю.А. Комнатной. Она написала целый ряд очень интересных работ [Комнатная Ю.А., 2011]²⁵ и, в частности, в 2012 г. опубликовала специальную статью, посвященную истории термина МЧП в российской правовой доктрине [Комнатная Ю.А., 2012: 14–16]²⁶. В ходе исследований дореволюционной литературы она установила, что впервые термин МЧП появился в российской печати в 1860 г., и в научный оборот ввел его петербургский ученый Н.С. де Галет. При изложении основ международного права, рассматривая права гражданственные и уголовные, этот автор указывал: «В случае судопроизводства он (подданный) подчиняется тому закону, которому он подлежит, по соображению юристов, или к сложным законам, к которым принадлежит его дело. Закон этот называется право международное частное» [Галет Н.С., 1860: 48]. Данная фраза позволила Ю.А. Комнатной прийти к правильному заключению, что

²⁵ См.: Комнатная Ю.А. История становления и развития отечественной доктрины о коллизионном праве в дореволюционный период: Новороссийский (Одесский) университет // Молодой ученый. 2011. № 11. Т. 2. С. 10–12. Available at: URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/istoriya-stanovleniya-i-razvitiya-otechestvennoy-doktriny-o-kollizionnom-prave-v-dorevoljucionnyy-period-peterburgskiy-universitet?ysclid=m6dv1axv70136426530> (дата обращения: 25.01.2025); Комнатная Ю.А. Особенности развития учения о международном частном праве в дореволюционной теории международного права в России // Международное публичное и частное право. 2009. № 3. С. 11–15. Available at: URL: <http://lawlibrary.ru/article2106386.html?ysclid=m6dv9tjijy1927553466> (дата обращения: 25.01.2025)

²⁶ Еще до этой публикации исследовательница указывала, что термин МЧП присутствует в «Курсе международного права» Д.И. Каченовского, изданном в 1863 г. См.: Комнатная Ю.А. К вопросу о генезисе отечественной доктрины коллизионного права в дореволюционный период // Актуальные проблемы развития национальной и региональной экономики: материалы междунар. науч.-практ. конф. 2010 г. Белгород, 2010. С. 178–179. Available at: URL: <http://dspace.bsu.edu.ru/handle/123456789/8829> (дата обращения: 25.01.2025)

«именно Н.С. Де Галет, а не Н.П. Иванов, впервые в отечественной юриспруденции употребил термин «международное частное право» применительно к урегулированию частных отношений, осложненных иностранным элементом».

Кроме этого, Ю.А. Комнатная обратила внимание на роль харьковского профессора Д.И. Каченовского в установлении термина МЧП. В 1863 г. проф. Д.И. Каченовский опубликовал рецензию на книгу де Галета. В этой рецензии термин «частное международное право» употребляется не единожды и как вполне устоявшееся понятие, известное читателю [Каченовский Д.И. (а), 1863: 220]. В том же 1863 г. он издал собственный курс международного права, в котором отметил: «Некоторые публицисты делят его (международное право), по различию субъектов, на две части, именно: на публичное и частное... второе касается всемирно-гражданского оборота, т.е. юридических отношений между подданными разных государств. Кант называет эту последнюю часть международного права всемирно-гражданским или космополитическим правом» [Каченовский Д.И. (b), 1863: 20–21].

В ходе внимательного изучения работ де Галета и Каченовского Ю.А. Комнатная пришла к выводу, с которым возможно полностью согласиться: «Заслугой первого является непосредственно введение в научный оборот термина «международное частное право» и первое предложение его систематики, а вкладом второго — сама постановка вопроса о существовании международного частного права в системе международного права, с рекомендацией варианта оптимального и эффективного решения коллизионного вопроса» [Комнатная Ю.А., 2012: 14–16].

К сожалению, глубокое и по-хорошему дотошное исследование Ю.А. Комнатной осталось практически незамеченным в отечественной науке МЧП. На ее работу обращают внимание авторы учебника по МЧП, изданного под эгидой Российского экономического университета имени Г.В. Плеханова («Иную точку зрения высказывает Ю.А. Комнатная...»), но в учебнике все равно отражен «общеизвестный» факт о приоритете Н.П. Иванова²⁷. В подавляющем большинстве работ, затрагивающих вопросы истории российской науки МЧП и опубликованных после выхода в свет статей Ю.А. Комнатной, авторство термина МЧП продолжают припи-

²⁷ Международное частное право / под ред. Р.А. Курбанова, А.С. Лалетиной. М., 2015. С. 9. Available at: URL: <https://zlib.pub/download/-cfkfavfdbok0?hash=7e53b247834a3ba2fff566015058d081> (дата обращения: 25.01.2025)

сывать Н.П. Иванову. Эту фразу можно встретить и в научной, и в учебной литературе, и в студенческих работах, и в трудах известных ученых [Дмитриева Г.К., 2015: 33]; [Кривенький А.И., 2019: 58]; [Канашевский В.А., 2024: 42]²⁸.

Не так давно проблемой становления термина МЧП в российской доктрине заинтересовался проф. С.В. Бахин, написавший интереснейшую статью на эту тему. Возможно, к исследованию данных вопросов проф. С.В. Бахина сподвигло недавнее архивное открытие, сделанное доцентом кафедры международного права СПбГУ В.С. Иваненко, который нашел текст магистерской диссертации Фаддея Бобровского «О действии законов гражданских и уголовных одного государства в другом», защищенной в Петербургском университете в 1850 г.²⁹ Об этой диссертации (как и о диссертации Благовещенского, поиски текста которой В.С. Иваненко продолжает) было широко известно благодаря проф. В.Э. Грабарю [Грабарь В.Э., 2005: 597], с легкой руки которого ссылка на «мифических» Ф. Бобровского и Благовещенского долгое время благополучно перекочевывала из одной работы в другую». Однако этих диссертаций до открытия В.С. Иваненко никому читать не доводилось.

Прочтение диссертации Ф. Бобровского позволило проф. С.В. Бахину сделать вывод, что первое упоминание термина МЧП в России следует датировать 1850 годом. Ф. Бобровский рассматривал МЧП как сферу, сопряженную с международным публичным правом; его рассуждения и выводы базировались исключительно на западной правовой доктрине, ибо в российской этот термин еще не вошел в употребление. Однако магистерская диссертация предполагала публичную защиту, в связи с чем можно предположить, что термин МЧП к тому времени был известен и понятен присутствовавшим на защите. Следовательно, правомерна презумпция, что он был уже в ходу и знаком специалистам в России [Бахин С.В., 2022: 56–66].

Несмотря на доказанность факта, что первое упоминание термина МЧП в России имело место в диссертации Ф. Бобровского в 1850 г., неправильным было бы отдать этому молодому ученому приоритет во введении термина в научный оборот. Для решения данного

²⁸ Ограничения на самоцитирование не позволяют авторам настоящего исследования дополнить перечень приведенных примеров собственными работами — увы, но и в наших работах, опубликованных в 2013–2023 гг., сохраняется отсылка к Н.П. Иванову как автору термина МЧП в российской доктрине.

²⁹ Союз юриспруденции и истории. Интервью с В.С. Иваненко // Библиотечный юрист. 2021. 3 дек. С. 2–3. Available at: URL: https://lib.law.spbu.ru/images/Publications/BU_2021_12.pdf?ysclid=m6dwsqscb230741027 (дата обращения: 25.01.2025)

вопроса работа Ф. Бобровского не в счет, к сожалению. Его диссертация (как и диссертация Благовещенского) не была опубликована и существовала только в виде рукописи, поэтому ее содержание могло быть известно весьма узкому кругу лиц [Бахин С.В., 2022: 56–66]. По общему правилу, магистерская диссертация представлялась максимум в семи экземплярах (1 — авторский, 1 — для научного руководителя, 1 — для библиотеки университета, 2 — для официальных и 2 — для неофициальных оппонентов); естественно, что за стены университета информация о таких исследованиях выходила редко. Войти в широкий юридический контент могла только работа, опубликованная в официальном печатном издании.

Отвечая на вопрос о том, кто первым ввел в научный оборот в России (т.е. использовал в доступной широкому кругу читателей печатной работе) термин МЧП, проф. С.В. Бахин присоединяется к мнению Ю.А. Комнатной — это был Н.С. де Галет: «Видимо, именно в 1860 г. в выпущенной им книге в России впервые был использован термин «частное международное право»». Необходимо отметить, что проф. С.В. Бахин не декларирует свой вывод как окончательный и не подлежащий опровержению³⁰, он корректно подчеркивает, что правильность вывода может быть временной, «пока на этот счет не появится новых данных» [Бахин С.В., 2022: 56–66].

Оба автора — и С.В. Бахин, и Ю.А. Комнатная — не ограничиваются анализом труда Н.С. де Галета; они оба уделяют большое внимание работам Д.И. Каченовского. С одной стороны, обращение к Каченовскому обосновано, поскольку он написал большую рецензию на публикацию де Галета, в которой, в свою очередь, также употребил термин МЧП, до 1860 г. в печати отсутствовавший. С другой стороны, вроде бы, для ответа на вопрос о приоритете в терминологии анализ исследований харьковского профессора представляется излишним — ведь ответ уже получен: это де Галет. Как представляется, в данном случае у наших коллег просто-напросто сработала профессиональная научная интуиция.

Статьи Ю.А. Комнатной и проф. С.В. Бахина послужили стимулом для настоящего исследования — нас также заинтересовал вопрос о том, кому принадлежит пальма первенства при введении в научный оборот термина МЧП. Благодаря коллегам и мы обратили внимание на публикации Д.И. Каченовского, особенно на изданные

³⁰ В отличие от других авторов, пишущих напр.: «Н.П. Иванов навсегда останется автором, которому принадлежит первенство введения в научный оборот категории «международное частное право»» [Кривенький А.И., 2019: 58].

в 1855–1865 гг., когда он публиковался наиболее активно. Вот что мы обнаружили.

В 1855 г. Д.И. Каченовский перевел на русский язык отрывок из знаменитого сочинения «История международного права и международных отношений», изданного в 1850 г. в Генте бельгийским проф. Ф. Лораном (François Laurent), и этот перевод в 1856 г. был опубликован в сборнике «ПроPILEИ» [Каченовский Д.И., 1856: 225–247]. Как объяснял свой интерес сам Д.И. Каченовский, «этот обширный труд, далеко оставляющий за собой все прежние исследования, по богатству материалов, новизны выводов, по блестящему, одушевленному изложению открывает новую эпоху в литературе международного права. Не ограничиваясь только юридическими институтами, даровитый автор (Ф. Лоран) поставил себе задачей проследить развитие общечеловеческих идей в истории, и показать результаты как умственного, так и нравственного влияния различных наций друг на друга» [Каченовский Д.И., 1856: 225]. Каченовский представил для публикации две главы из второго тома, в которых автор говорит о международном праве эллинских племен. Раздел I перевода называется «Частное международное право».

Сразу необходимо отметить, что Ф. Лоран употребляет иной термин — «международное гражданское право» («Droit civil international» — название ч. I книги III его произведения)³¹. В литературе романских стран того времени уже в большей степени распространено другое словосочетание — *droit international privé*, которое, если буквально соблюдать правила французского языка, на русский язык нужно переводить как «частное международное право». Д.И. Каченовский предлагает именно такой перевод, очевидно, считая термин МЧП более корректным.

Кроме того, его терминология могла быть заимствована у Г. Уитона, чьи произведения по международному праву были известны и пользовались популярностью в России в XIX в. Проф. Каченовский его безмерно уважал и, в частности, критиковал де Галета, который, излагая МЧП, «даже не воспользовался, как следует, теми материалами, которые мог найти у Витона» [Каченовский Д.И. (а), 1863: 227]. Возможно также, что в беседах со студентами и коллегами данное словосочетание уже употреблялось и к середине 1850-х гг. в юридическом обиходе утвердилось как «частное международное право».

³¹ Laurent F. Histoire du droit des gens et des relations internationales. Tome 2. Gand, 1850. P. 99. Available at: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58360048.texteImage> (дата обращения: 25.01.2025)

В переводе Д.И. Каченовский употребляет термин МЧП только единожды, в названии, понятие и содержание его в данном очерке не раскрываются, но тем не менее (пока не появятся новые данные!) — впервые в российской литературе термин «международное частное права» был опубликован в официальном печатной издании в 1856 г. проф. Дмитрием Ивановичем Каченовским.

Конечно, перевод какого-либо фразеологического оборота с иностранного языка без его анализа и разъяснения сам по себе не свидетельствует о вовлеченности переводчика в соответствующую правовую материю. Однако это показывает его интерес к данной проблеме — вряд ли доктор наук, экстраординарный профессор и секретарь юридического факультета Харьковского университета стал бы заниматься переводом литературы, не входящей в сферу его научных и практических интересов.

Сфера научных интересов Д.И. Каченовского — история политических и правовых учений, международное право (прежде всего, морское), которое он преподавал с 1849 г. Его докторская диссертация «О каперах и призовом судопроизводстве в отношении к нейтральной торговле» (защищенная в 1855 г. в Московском университете) — одна из лучших монографий своего времени («считается, по справедливости, лучшим произведением по вопросу о каперстве не только в нашей, но и в иностранной литературе» [Даневский В.П., 1876: 253]); в ней в виде постулатов из основных начал международного права намечены пути его кодификации и учреждения международного сообщества ученых³².

В Москве Д.И. Каченовский входил в кружок западников, к которым принадлежало большинство ученых — представителей российской науки международного права. Эти ученые, «стоя на идейных позициях либерально настроенной буржуазии, в целом придерживались прогрессивных для своего времени и класса воззрений» [Стародубцев Г.С., 2000: 6]. В своих международно-правовых исследованиях Д.И. Каченовский, «очевидно, поклонник французской школы» [Даневский В.П., 1876: 204], но придерживался при этом практического направления английской и голландской школ и писал, что «наука международного права пришла к нам с запада, сначала в виде иноземной теории» [Каченовский Д.И. (b), 1863: XII].

Судя по всему, вопросы МЧП не были предметом профессиональных интересов Д.И. Каченовского. Однако в западной доктри-

³² Идея, реализованная вскоре после смерти Д.И. Каченовского: в 1873 г. в Генте был создан Институт международного права — одна из самых авторитетных МНПО в мире, функционирующая в настоящее время.

не права в 1840-х—1850-х гг. господствовала концепция включения МЧП в курсы международного права. Тот же Д.И. Мейер, который «открыл русской науке конфликтное право, притом по лучшему образцу, существовавшему в то время в западной литературе» [Нольде Б.Э., 1917: 10], в 1845—1950 гг. преподавал международное право, что позволяет предположить: его интерес к конфликтной проблематике в контексте цивилистики обусловлен, в том числе и освоением международно-правовых учений. В связи с этим, как представляется, подготовка лекций по международному праву, основанных на европейских подходах, естественным образом подвела Д.И. Каченовского к проблематике МЧП.

Кроме того, как справедливо отмечает С.В. Бахин, «во все времена изложению идей и концепций в печатном виде предшествует период, когда они ходят из уст в уста, обсуждаются, а иногда, что называется, витают в воздухе» [Бахин С.В., 2022: 56—66]. Именно такая ситуация имела место в России в 1850-х гг. применительно к проблематике МЧП. В 1845—1855 гг. читает лекции Д.И. Мейер, излагая в них вопросы коллизии законов; в одном и том же году (1850) два магистранта защищают диссертации, посвященные исследованию в этой области; наверняка в разных университетах многие преподаватели в своих лекциях упоминают о существовании *terra incognita* — проблемы применения иностранного права и конкуренции юрисдикции [Бахин С.В., 2022: 56—66]. Не зря поэтому у проф. Д.И. Каченовского вызывают интерес «трудные вопросы о толковании законов (*de conflictu legume*)... частное международное право, на которое в последнее время обратили внимание самые знаменитые юристы Европы и Америки» [Каченовский Д.И. (а), 1863: 220].

В России того времени проблемы МЧП только набирали обороты, поскольку всегда «русский закон вообще чрезвычайно ревниво отнесся к применению в России иностранного права» [Нольде Б.Э., 1899: 9]. До начала XVIII в. предполагалась абсолютная «подведомственность иностранцев русскому закону» [Нольде Б.Э., 1923: 126—127]; «в Российской империи в отношении иностранных подданных признавалась реализация только российских законодательных норм, что служило основанием иностранцам... подчиняться исключительно российскому законодательству»³³. Единственным отступлением

³³ Кобец П.Н. Развитие законодательных основ, регулирующих правовое положение иностранных граждан в дореволюционной России XVIII—XX вв. // Russian Journal of Economics and Law. 2022. № 4. С. 799-800. Available at: URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/razvitie-zakonodatelnyh-osnov-reguliruyuschih-pravovoe-polozhenie-inostrannyh-grazhdan-v-dorevoljutsionnoy-rossii-xviii-xx-vv?ysclid=m6dygz35pw11>

от этого императива являлся Манифест Петра I (1702) «О вызове иностранцев в Россию с обещанием им свободы вероисповедания», в котором иноземцам было предоставлено право судиться «по Законам Божеским, а потом по Римскому гражданскому праву и другим народным обычаям», но это касалось только иноземцев, вызываемых на военную службу [Шалланд Л.А., 1901: 1305]. В судебной практике, однако, «международные конфликтные вопросы» появляются начиная со второй половины XVIII столетия; в первой половине XIX в. их число, естественно, возрастает [Нольде Б.Э., 1923: 132, 137, 141–142].

В XIX в. в России шел активный процесс систематизации и кодификации законодательства, инициированный в 1808 г. М.М. Сперанским, «который мечтал о гражданском уложении, построенном на постулатах чистого разума, приглашавшего французских, германских и английских законовевов к совместной работе по составлению русских кодексов» [Шалланд Л.А., 1901: 1305)]. Первые нормы МЧП «появились в русском законе в то время, когда вместе с кодификацией источников гражданского права стала ощущаться настоятельная потребность в определении соотношения разноместных норм этого права» [Шалланд Л.А., 1901: 1309]. Изначально «след конфликтных правил» в русском законодательстве появляется в Уставе Государственной комиссии погашения долгов (1817), в начале 1830-х гг. коллизионное правило *locus regit actum* было закреплено в отдельных нормах Положения о духовных завещаниях (1831) и Устава судопроизводства коммерческих судов (1832) [Нольде Б.Э., 1923: 132, 137, 141–142]. В первой половине XIX в. Россия также заключила ряд международных соглашений (с США, Нидерландами, Грецией, Австрией, Францией и др.), где содержались унифицированные правила выбора права по наследственным отношениям [Нольде Б.Э., 1899: 12].

Исходя из этого, вполне можно утверждать, что интерес проф. Д.И. Каченовского вызван не только академическими, но и практическими потребностями. Поскольку из обширного труда Ф. Лорана для перевода российский ученый выбрал именно очерк по МЧП, мы вправе предположить, что он заинтересовался этими вопросами в первой половине 1850-х гг. В своей рецензии на книгу де Галета Д.И. Каченовский «дает понять, что проблема существует давно, а обратили на нее внимание лишь недавно». Вполне правильным представляется утверждение — «Д.И. Каченовский хотел, чтобы и в России, вслед за самыми знаменитыми европейскими и американ-

скими умами, было обращено внимание на столь сложную и важную проблему» [Бахин С.В., 2022: 56–66]. Это подтверждает и сам автор термина МЧП: «Предстоящая судебная реформа обратит внимание русских юристов на частное международное право. Относящиеся сюда вопросы в высшей степени важны. К их разрешению должны себя приготовить адвокаты, как по делам гражданским, так и уголовным» [Каченовский Д.И. (а), 1863: 220].

Термин МЧП, попавший в российскую печать благодаря Д.И. Каченовскому, пришел к нам из франкоязычной литературы. Как пишет Ф. Садовский, термин «частное международное право»... составляет перевод французского «*droit international privé*» [Садовский Ф., 1903: 5]. На этот термин обратил внимание не только Д.И. Каченовский, но и другие исследователи (поскольку все российские ученые свободно владели иностранными языками и читали первоисточники). Вторым по счету российским автором, опубликовавшим в официальной печати термин «частное международное право», в 1859 г. стал Василий Игнатьевич Пероговский.

О В.И. Пероговском (1824–1881) известно совсем немного. Он не был академическим ученым и не занимался преподавательской деятельностью. Родился в семье священника, закончил Волынскую духовную семинарию, потом — юридический факультет Университета Св. Владимира (Киев). Почти 33 года состоял на государственной службе (но умер бедняком)³⁴ — коронный заседатель при уездном суде, судебный следователь, уездный судья, участковый мировой судья. В историю российской науки вошел как писатель, историк и этнограф. Оставил довольно богатое литературное наследие, но его статьи и монографии были посвящены истории Волынского края и публиковались в основном в местных периодических изданиях, хотя были замечены и в Петербурге.

Литературная деятельность В.И. Пероговского началась в 1859 г., когда он издал монографию «О началах международного права относительно иностранцев у народов древнего мира» [Пероговский В.И., 1859]. Это его единственная работа по истории международного права; актуальность тематики сам автор определил так: «Юридическая литература наша не очень богата вообще, а тем более сочинениями по международному праву; поэтому можно думать, что каждое новое сочинение, заключающее в себе какой бы то ни было предмет из об-

³⁴ Русский биографический словарь А.А. Половцова. Available at: https://ru.wikisource.org/wiki/РБС/ВТ/Пероговский,_Василий_Игнатьевич (дата обращения: 25.01.2025)

ласти наук юридических, тем более новый, еще не обработанный и западными юристами, не будет излишним» [Пероговский В.И., 1859: 1]. Труд молодого специалиста не остался без внимания как в современной ему литературе по международному праву [Даневский В.П., 1876: 265]; [Капустин М.Н., 1873: 72], так и в энциклопедии В.Э. Грабаря [Грабарь В.Э., 2005: 526]. Следует отметить, что в работе проф. М.Н. Капустина книга Пероговского упоминается в § 42 «История и литература частного международного права».

Именно в этой книге В.И. Пероговский и употребляет термин МЧП. Критикуя воззрения известного французского историка права Клода Эммануэля де Пасторе (Claude-Emmanuel-Joseph-Pierre de Pastoret), В.И. Пероговский пишет: «Некоторые писатели... думают, что Еврейское частное международное право было одно из самых враждебных иностранцам» [Пероговский В.И., 1859: 14]. Это единственное в книге упоминание термина. Как видим, В.И. Пероговский (аналогично Д.И. Каченовскому в 1856 г.) применяет понятие, но не раскрывает его содержания (и не дает ссылку на источник, откуда он данный термин позаимствовал).

Здесь могут возникнуть два вопроса. Первый (риторический, по нашему мнению): автор говорит не просто о МЧП, а о «еврейском частном международном праве». Значит ли это, что В.И. Пероговский считал, что МЧП — это часть национального правопорядка, и у каждого народа есть собственное МЧП? Поскольку у него больше работ по нашей теме нет, постольку ответ на этот вопрос повисает в воздухе — мы не можем на него ответить. Вряд ли В.И. Пероговский в принципе на эту тему размышлял, скорее всего, он пользовался терминологическими оборотами тех авторов, на которых ссылался и которые в своих работах писали о МЧП.

Второй вопрос, имеющий для тематики настоящей статьи большее значение: у кого из зарубежных авторов В.И. Пероговский термин МЧП прочитал? В приведенной цитате он критикует де Пасторе³⁵ (к сожалению, без указания страницы), но мы не смогли найти термин МЧП в книге этого французского историка. В работе Пероговского есть библиографический список (правда, без указания года и мест издания книг); из писателей, когда-либо занимавшихся вопросами МЧП, там назван только Г. Уитон, и цитируется та его книга, которая была написана и издана на французском языке³⁶. В «Исто-

³⁵ Pastoret C.-E.-J.-P. Histoire de la législation. Vol. III. Paris, 1817. 599 p. Available at: <https://archive.org/details/histoiredelalgi03degoog> (дата обращения: 25.01.2025)

³⁶ Wheaton H. Histoire des progres du droit des gens en Europe et an Amerique depuis la Paix de Westphalie jusqu'a nos jours. T. 1-2. Leipzig, 1845-1853. Available at:

рии развития права...» Г. Уитон употребляет соответствующую терминологию — во втором томе издания есть § 41 «Droit international privé», т.е. «частное международное право», проблематика которого освещена в небольшом по объему, но очень информативном по содержанию разделе. Скорее всего, В.И. Пероговский воспринимает термин Уитона; также может быть, что он слышал данный оборот от своих преподавателей и коллег.

Из писателей начала 1860-х гг. нельзя не упомянуть также харьковского проф. Андрея Николаевича Стоянова. В книге, изданной в 1862 г., он прибегает к понятию «частное международное право»: «В международном праве ученое направление и сила Губера, как цивилиста, сказались в избрании частного международного права специальным предметом для своих занятий» [Стоянов А.Н., 1862: 123]. Проф. А.Н. Стоянов, скорее всего, воспринимает термин не столько из зарубежной литературы, сколько от своего друга и коллеги проф. Д.И. Каченовского, после смерти которого в 1872 г. А.Н. Стоянов стал читать в университете международное право. Таким образом, исходя из сегодняшних данных, мы можем в порядке очередности назвать тех, кто утверждал в нашей науке термин МЧП: Д.И. Каченовский (1856), В.И. Пероговский (1859), Н.С. де Галет (1860), А.Н. Стоянов (1862).

Важно подчеркнуть, что все эти авторы не употребляют термин МЧП как нечто неизвестное, не пишут «так называемое МЧП», скорее наоборот — они применяют термин уже как нечто устойчивое, вполне сложившееся и знакомое их читателям словосочетание. Здесь напрашивается вывод — в российской науке 1850-х—1860-х гг. проблематика МЧП начинает отличаться актуальностью и востребованностью, и его фундаментальная терминология в юридическом контенте известна.

Хотелось бы обратить внимание на еще один исторический факт — в 1865 г. на территории Российской Империи были изданы не одна, а две (как минимум) специальные монографии, посвященные вопросам МЧП. В Варшаве на польском языке в 1865 г. вышла 106-страничная монография Петра Новинского «Частное международное право»³⁷, которая (как и диссертация Н.П. Иванова) была замечена российскими авторами начала XX в. [Садовский Ф.,

<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112102593706&seq=7> (дата обращения: 25.01.2025). Первое издание книги — 1845 г., в дальнейшем она переиздавалась многократно. Каким изданием пользуется В.И. Пероговский — он не указывает.

³⁷ Available at: <https://bc.umcs.pl/dlibra/publication/5038/edition/9583/content?ref=L3B1YmxpY2F0aW9uLzlxMDEvZW9pdGlvi83MTUy> (дата обращения: 25.01.2025)

1903: 36]. Исследование П. Новинского, в отличие от исследования Н.П. Иванова, основано на подходах французской, а не немецкой школы МЧП; нормативной основой исследования является Кодекс Наполеона, действовавший тогда в Царстве Польском. Конечно, мы не можем назвать Новинского «русским» автором, тем не менее, его книга издана в пределах юрисдикции Российского государства одновременно с книгой Н.П. Иванова. К сожалению, эта книга практически полностью забыта в юридическом контенте.

Заключение

Возможно, по прочтении настоящего исследования может возникнуть превратное впечатление, что его авторы хотят умалить вклад проф. Н.П. Иванова в историю становления и развития доктрины МЧП в России. Отнюдь нет, роль Н.П. Иванова неоспорима, и его вклад в науку никем не ставится под сомнение. Безусловно, первая попытка систематизации МЧП как самостоятельного вопроса правоведения принадлежит именно ему, и его работа представляет и будет представлять собой интерес. Полностью справедливой представляется оценка, данная книге Н.П. Иванова проф. В.Э. Грабарем: «Это была первая работа на русском языке по данному предмету, положившая начало развитию русской науки международного частного права. Одного этого достаточно, чтобы с благодарностью вспомнить имя ее автора» [Грабарь В.Э., 2005: 430].

При этом хотелось бы солидаризироваться с мнением проф. С.В. Бахина, что «приоритет введения в научный оборот понятий, терминов и доктрин — вещь достаточно беспристрастная» [Бахин С.В., 2022: 56–66], можно сказать — абсолютно нелицеприятная. Отдавая дань уважения одному автору, мы не вправе забывать другие имена. К сожалению, особого внимания к собственной истории мы не проявляем, и многое нами забыто. Например, много ли отечественных специалистов по МЧП знают имя Г.Л. Вербловского? Между тем, скорее всего, именно он — автор первой в России газетной статьи по вопросам МЧП³⁸. Мы хорошо знаем «дело Форго» и «дело Бофремон», но мы не знаем — были ли аналогичные кейсы в российской судебной практике XIX — начала XIX вв.? Можно предположить, что они были, но мы ими как-то не интересуемся и их не

³⁸ Вербловский Г. По вопросу о коллизии законов различных государств // Судебный вестник. 1868. № 29. 7 февр. Available at: URL: <https://mgimo.ru/files/210211/mchp-pril2.pdf> (дата обращения: 25.01.2025)

ищем. Кстати, анализом практики Правительствующего Сената по делам, затрагивающим вопросы конфликтов законов, в 1860-70-х гг. занимался непосредственно Г.Л. Вербловский.

Это всего лишь небольшие примеры, которые свидетельствуют о том, что российская дореволюционная литература нами далеко не изучена, и мы многое можем из нее почерпнуть. Конечно, в мире и в науке произошли кардинальные изменения, но базовые постулаты МЧП, выросшие из римского права, в большой степени остались прежними. Для построения профессионального, высоко квалифицированного законодательства по МЧП труды отцов-основателей не утратили своего значения и могут быть весьма полезными.

Поиск новых фактов, минимальная ликвидация имеющихся пробелов составляли цель настоящего исследования. Надеемся, что в какой-то степени эту цель удалось реализовать. Во всяком случае, в настоящий момент мы можем утверждать — заслуга первой публикации в официальной российской печати термина «частное международное право» принадлежит проф. Д.И. Каченовскому в 1856 г.; вторым, опубликовавшим этот термин в печати, был В.И. Пероговский в 1859 г.; третьим — Н.С. де Галет (1860), четвертым — проф. А.Н. Стоянов (1862).

В завершение необходимо подчеркнуть — в 1917 г. Б.Э. Нольде писал о бедности русской юриспруденции и российской литературы по МЧП. Однако при внимательном ее изучении хорошо видно, что не так уж она и бедна. Да, в середине XIX в. мы еще не могли похвастаться наличием национальной «школы МЧП», ее интенсивное становление началось только во второй половине XIX в.: «На западе, в течение многих столетий, одно поколение юристов за другим работало над созданием теории конфликтов, превратив этот уголок юридического знания в предмет размышлений ряда самых выдающихся юристов всех времен и народов и создав богатейшую, количественно и качественно, специальную литературу. Россия примкнула к этой работе очень поздно, и история русского конфликтного права занимает немногим более полустолетия. Но, как бы коротка она ни была, это наша история, и к ней стоит отнестись со вниманием, ибо в прошлом залог будущего развития русского коллизионного права» [Нольде Б.Э., 1917: 7]. Когда мы начинаем изучать то, что создано российскими исследователями за очень небольшой промежуток времени, мы хорошо видим, какой огромный рывок они совершили, как много сделали. Перефразируя высказывание известного писателя, мы можем утверждать, что за 100 лет наша наука прошла тот путь, для которого другим странам потребовалось 500 лет.

Хотелось бы надеяться, что настоящая статья не поставила никаких точек в изучении российской дореволюционной школы МЧП, и наши коллеги найдут еще много интересного и неожиданного. Возможно, когда-нибудь, благодаря будущим исследованиям, мы будем знать, как выглядели не только Аккурсий и Бартоло да Сассоферрато, но и Семен Ефимович Десницкий, Николай Спиридонович де Галет, Василий Игнатьевич Пероговский, изображений которых нам найти не удалось.



Список источников

1. Абдуллин А.И. Очерки истории науки международного частного права в России (проблема понимания природы международного частного права в трудах отечественных правоведов XIX–нач. XX вв.). Казань: Казанский государственный университет, 2004. 72 с.
2. Бахин С.В. К вопросу об истоках изучения международного частного права в России // Журнал российского права. 2022. № 4. С. 56–66. DOI: 10.12737/jrl.2022.040
3. Богуславский М.М. (а) Международное частное право. М: Междунар. отношения, 1994. 416 с.
4. Богуславский М.М. (b) (отв. ред.) Международное частное право: современные проблемы. М.: ТЕИС, 1994. 507 с.
5. Богуславский М.М., Лисицын-Светланов А.Г., Трунк А. (ред.) Современное международное частное право в России и Евросоюзе: (книга 1). М.: Норма, 2013. 655 с.
6. Галет Н.С. Международное право. СПб: тип. Э. Праца, 1860. 139 с.
7. Грабарь В.Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647-1917). М.: Зерцало, 2005. 888 с.
8. Даневский В.П. Очерк новейшей литературы по международному праву. С.-Пб.: В типографии Второго отделения собственной Е.И.В. Канцелярии, 1876. 274 с.
9. Дмитриева Г.К. История науки международного частного права // Вестник университета имени О.Е. Кутафина. 2015. № 2. С. 22–41.
10. Иванов Н.П. Основания частной международной юрисдикции. Казань: В Университетской типографии, 1865. 56 с.
11. Казанский П.Е. Учебник международного права публичного и гражданского. Одесса: Экономическая типография, 1902. 532 с.
12. Камаровский Л.А. Основные вопросы науки международного права. М.: Университетская типография, 1892. 92 с.
13. Канашевский В.А. Международное частное право: учебник. М.: Международные отношения, 2024. 1180 с.
14. Капустин М.Н. Международное право. Конспект лекций. Ярославль: Типография губернской земской управы, 1873. 86 с.
15. Каченовский Д.И. (а) Международное право. Изложил Де Галет, СПб., 1860. Рецензия // Журнал Министерства юстиции. 1863. Том 16. С. 207–228.

16. Каченовский Д.И. (b) Курс международного права. Харьков: Университетская типография, 1863. 120 с.
17. Каченовский Д.И. Международное право древних греков. Статья Лорана, переведенная Д.И. Каченовским / Пропилеи: Сборник статей по классической древности. Книга V. М.: Университетская типография, 1856. С. 225–247.
18. Комнатная Ю.А. К вопросу о введении в научный оборот термина «международное частное право» в отечественной дореволюционной правовой доктрине // Международное публичное и частное право. 2012. № 4. С. 14–16.
19. Комнатная Ю.А. Эволюция отечественной доктрины о коллизионном праве в середине XIX–начале XX века: автореферат дис.... к. ю. н. Ставрополь, 2011. 29 с.
20. Кривенький А.И. О доктрине международного частного права Н.П. Иванова // Вестник МГПУ. Юридические науки. 2019. №3. С. 52–59. DOI: 10.25688/2076-9113.2019.35.3.06
21. Крылов С.Б. Международное частное право: Пособие к лекциям. Л.: Прибой, 1930. 328 с.
22. Лунц Л.А. Курс международного частного права в 3-х т. (в одной книге) (по изданию 1973-1976 гг.). М.: Спарк, 2002. 1007 с.
23. Мережко А.А. Наука международного частного права: история и современность. Киев: Таксон, 2006. 356 с.
24. Нольде Б.Э. История русского коллизионного права // Труды русских ученых за границей. 1923. Т. II. С. 126–148.
25. Нольде Б.Э. Коллизия законов о наследовании // Вестник права. 1899. Сентябрь. С. 1–42.
26. Нольде Б.Э. М.И. Брун (1860–1916) и наука международного частного права в России // Вестник Гражданского права. 1917. № 3. С. 5–25.
27. Перетерский И.С. Очерки международного частного права РСФСР. М.: Госиздат, 1925. 141 с.
28. Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М.: Юриздат, 1940. 208 с.
29. Переговский В.И. О началах международного права относительно иностранцев у народов древнего мира. Киев: В Университетской типографии, 1859. 51 с.
30. Садовский Ф. Основы частного международного права и применение их в области наследования (по закону): Медальное сочинение. Варшава: Типография Варшавского учебного округа, 1903. 98 с.
31. Стародубцев Г.С. Международно-правовая наука российской эмиграции (1918-1939). М.: Книга и бизнес, 2000. 292 с.
32. Стоянов А.Н. Методы разработки положительного права и общественное значение юристов от глоссаторов до конца XVIII столетия. Харьков: Типография Чеховского и Зарина, 1862. 277 с.
33. Фельдман Д.И. К истории науки международного права в Казанском университете (1804 —1917 гг.) // Ученые записки Казанского университета. 1956. Том 116. Кн. 13. С. 42–43.
34. Храбсков В.Г. Соотношение международного публичного и международного частного права в русской дореволюционной доктрине // Правоведение. 1979. № 5. С. 9–96.
35. Шалланд Л.А. О применении русскими судами иностранных законов // Право. 1901. № 27. С. 1304–1309.



References

1. Abdullin A.I. (2004) Essays on History of the Science of Private International Law in Russia (Understanding Nature of Private International Law by Domestic Law Scholars of the 19th — Early 20th centuries). Kazan: University, 72 p. (in Russ.)
2. Bakhin S.V. (2022) Origins of Private International Law Studies in Russia. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 4, pp. 56–66 (in Russ.) DOI: 10.12737/jrl.2022.040
3. Boguslavsky M.M. (a) (1994) Private International Law. Moscow: *Miezhdunarodnye otnoshenia*, 416 p. (in Russ.)
4. Boguslavsky M.M. (b) (ed.) (1994) Private International Law: Modern Issues. Moscow: TEIS, 507 p. (in Russ.)
5. Boguslavsky M.M., Lisitsyn-Svetlanov A.G., Trunk A. (eds.) (2013) Modern Private International Law in Russia and the European Union. Book 1. Moscow: Norma, 655 p. (in Russ.)
6. Danevsky V.P. (1876) Essay on the Latest Literature on International Law. Saint Petersburg: 2nd Department of His Majesty's Chancellery, 274 p. (in Russ.)
7. Dmitrieva G.K. (2015) History of the Science of Private International Law. *Vestnik universiteta O.E. Kutafina*=Bulletin of the Kutafin University, no. 2, pp. 22–41 (in Russ.)
8. Feldman D.I. (1956) History of the Science of International Law at Kazan University (1804–1917). *Uchenye zapiski Kazanskogo universiteta*=Scholar Works of Kazan University, vol. 116, book 13, pp. 42–43 (in Russ.)
9. Galet N.S. (1860) International Law. Saint Petersburg: E. Prats, 139 p. (in Russ.)
10. Grabar V.E. (2005) Materials for the History of the Literature of International Law in Russia (1647–1917). Moscow: Zertsalo, 888 p. (in Russ.)
11. Ivanov N.P. (1865) Grounds for Private International Jurisdiction. Kazan: University, 56 p. (in Russ.)
12. Kachenovsky D.I. (a) (1863) International Law. Outlined by De Galet. A review. *Zhurnal ministerstva yustitsii*=Journal of Justice Ministry, vol. 16, pp. 207–228 (in Russ.)
13. Kachenovsky D.I. (b) (1863) Course of International Law. Kharkov: University, 120 p. (in Russ.)
14. Kachenovsky D.I. (1856) International law of the Ancient Greeks. Laurent's article, translated by D.I. Kachenovsky. Propylaea: Collection of Articles on Classical Antiquity. Book V. Moscow: University, pp. 225–247 (in Russ.)
15. Kapustin M.N. (1873) International Law. Lecture notes. Yaroslavl: Provincial Zemstvo Council, 86 p. (in Russ.)
16. Kamarovsky L.A. (1892) Main Issues of the Science of International Law. Moscow: University, 92 p. (in Russ.)
17. Kanashevsky V.A. (2024) Private International Law. Moscow: *Mezhdunarodnye otnoshenia*, 1180 p. (in Russ.)
18. Kazansky P.E. (1902) Textbook of Public and Civil International Law. Odessa: Economic Printing House, 532 p. (in Russ.)
19. Khrabskov V.G. (1979) The Relationship between Public International and Private International Law in the Russian Pre-revolutionary Doctrine. *Pravovedenie*=Jurisprudence, no. 5, pp. 9–96 (in Russ.)

20. Komnatnaya Yu. A. (2012) On Introducing the Term “International Private Law” into Scholar Circulation in the Domestic Pre-revolutionary Legal Doctrine. *Mezhdunarodnyi zhurnal chastnogo i publichnogo prava*=International Public and Private Law, no. 4, pp. 14–16 (in Russ.)
21. Komnatnaya Yu. A. (2011) Evolution of the Domestic Doctrine on Conflict of Laws in the mid-19th–early 20th Centuries. Candidate of Juridical Sciences Summary. Stavropol, 29 p. (in Russ.)
22. Krivenkiy A.I. (2019) Doctrine of Private International Law of N.P. Ivanov. *Vestnik MGPU. Pravo*=Bulletin of Moscow Pedagogical University. Law, no. 3, pp. 52–59 (in Russ.) DOI: 10.25688/2076-9113.2019.35.3.06
23. Krylov S.B. (1930) Private International Law: a manual. Leningrad: Priboy, 328 p. (in Russ.)
24. Lunts L.A. (2002) Course of Private International Law. Moscow: Spark, 1007 p. (in Russ.)
25. Merezhko A.A. (2006) *Science of Private International Law: History and Modernity*. Kiev: Takson, 356 p. (in Russ.)
26. Nolde B.E. (1923) History of Russian Conflict Law. *Trudy Russkikh uchinykh za rubezhom*=Works of Russian scholars abroad, vol. II, pp. 126–148 (in Russ.)
27. Nolde B.E. (1899) Conflict of Laws on Inheritance. *Vestnik prava*=Bulletin of Law, September, pp. 1–42 (in Russ.)
28. Nolde B.E. (1917) M.I. Brun (1860–1916) and the Science of Private International Law in Russia. *Vestnik grazhdanskogo prava*=Bulletin of Civil Law, no. 3, pp. 5–25 (in Russ.)
29. Peretersky I.S. (1925) Essays on Private International Law of the RSFSR. Moscow: Gosizdat, 141 p. (in Russ.)
30. Peretersky I.S., Krylov S.B. (1940) Private International Law: a manual. Moscow: Yurizdat, 208 p. (in Russ.)
31. Perogovsky V.I. (1859) Beginnings of International Law on Foreigners among Peoples of the Ancient World. Kiev: University, 51 p. (in Russ.)
32. Sadovsky F. (1903) Grounds of Private International Law and its Application in the Field of Inheritance by Law. Warsaw: Academic Print, 98 p. (in Russ.)
33. Shalland L.A. (1901) On the Application of Foreign Laws by Russian Courts. *Pravo*=Law, no. 27, pp. 1304–1309 (in Russ.)
34. Starodubtsev G.S. (2000) *International Legal Science of Russian Emigration (1918–1939)*. Moscow: Kniga i Biznes, 292 p. (in Russ.)
35. Stoyanov A.N. (1862) Methods of Developing Positive Law and the Social Significance of Lawyers from the Glossators to the End of the 18th Century. Kharkov: Chekhovskiy and Zarin Printing House, 277 p. (in Russ.)

Информация об авторах:

Н.Ю. Ерпылева — доктор юридических наук, профессор.

И.В. Гетьман-Павлова — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors:

N.Yu. Erpyleva — Doctor of Sciences (Law), Professor.

I.V. Getman-Pavlova — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 12.11.2014; одобрена после рецензирования 15.01.2025; принята к публикации 04.02.2025.

The article was submitted to editorial office 12.11.2024; approved after reviewing 15.01.2025; accepted for publication 04.02.2025.

Научная статья

JEL: K15

УДК: 346.26:332.1

DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.58.84

Правовое оформление экономических отношений по профессиональному управлению имуществом



Ирина Александровна Емелькина

Институт права и национальной безопасности Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Россия, 119571 Москва, проспект Вернадского, 82/1,
emelkina-ia@ranepa.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2123-2014>



Аннотация

В статье рассмотрены теоретические и практические проблемы правового оформления экономических отношений, возникающих при передаче собственником имущества в профессиональное управление. Проанализированы предпосылки создания специального правового регулирования указанных отношений. Выявлены общие черты, свойственные разным видам управления частным имуществом, сформулированы принципы профессионального управления, определены его правовые формы, обозначены тенденции развития российского законодательства в данной области. Предложены два правовых режима передачи имущества в профессиональное управление: доверительное управление имуществом на обязательственном праве (управление чужим) и управление имуществом через специально созданные юридические лица — личные фонды, с наделением последних правом собственности на переданное имущество (управление своим). Обоснована правовая природа права собственности личного фонда как вещного права юридического лица, ограниченного волей учредителя и целями создания фонда. Определено соотношение категорий «управление» и «право собственности» личного фонда, через объяснение управления как экономического отношения, а права собственности — юридической категории. Делается вывод об использовании применительно к личному фонду термина «управление имуществом»

© Емелькина И.А., 2025

как юридико-технического приема, выражающего экономическое понятие «хозяйствование с имуществом». Правовой формой данного хозяйствования выступает право собственности. Дана общая характеристика отдельных правовых форм профессионального управления частным имуществом: доверительного управления, в том числе имуществом паевых инвестиционных фондов и международных фондов, а также управления имуществом личного фонда. Сформулированы выводы и предложены пути решения выявленных проблем. В связи с этим объектом исследования выступили отношения по передаче собственником имущества в профессиональное управление. Целью статьи является формирование научно обоснованных подходов, способствующих развитию правового регулирования экономических отношений по профессиональному управлению частным имуществом. Исследованы работы российских и зарубежных правоведов, законодательство об управлении имуществом, принятое в различных правовых порядках. Методы исследования автора — анализ, синтез, правовое моделирование, сравнительное правоведение, способствующие формулированию новых теоретических положений для совершенствования правовой базы профессионального управления частным имуществом.



Ключевые слова

управление имуществом; личные фонды; наследственные фонды; вещные права; фидуциарная собственность; траст; редомициляция; инкорпорация; паевый инвестиционный фонд; доверительное управление.

Для цитирования: Емелькина И.А. Правовое оформление экономических отношений по профессиональному управлению имуществом // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 1. С. 58–84. DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.58.84

Russian Law: Conditions, Perspectives, Comments

Research article

Legal Design of Economic Relations for Property Management



Irina A. Emelkina

Russian Academy of National Economy and Public Administration under President of the Russian Federation, 82/1 Vernadsky Avenue, Moscow 119571, Russia,
emelkina-ia@ranepa.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2123-2014>



Abstract

The author considers theoretical and practical aspects of legal registration of economic relations arising when the owner transfers property to professional management. The prerequisites for creating a special legal regulation of these relations are analyzed.

Common features inherent in different types of private property management are revealed, principles of professional management are formulated, its legal forms are defined, and trends in the development of Russian legislation in this area are outlined. The following legal regimes for transferring property to professional management are proposed: trust management of property under the law of obligations (management of someone else's) and management of property through specially created legal entities — personal funds, with the latter being granted the right of ownership of the transferred property (management of one's own). The legal nature of the right of ownership of a personal fund as a property right of a legal entity limited by the will of the founder and the purposes of creating the fund is substantiated. The relationship between the categories of “management” and “ownership” of a personal fund is determined through explaining management as an economic relationship, and the right of ownership as a legal category. The conclusion is made about the use of the term “property management” in relation to a personal fund as a legal and technical device expressing the economic concept of “management with property”. The legal form of this management is the right of ownership. A general description of individual legal forms of professional management of private property is given: trust management, including the property of mutual investment funds and international funds, as well as management of the property of a personal fund. Conclusions are formulated and ways to solve the identified problems are proposed. In this regard, the object of the study was the relationship on the transfer of property by the owner to professional management. The purpose of the article is to form scientifically based approaches that contribute to the development of legal regulation of economic relations in the professional management of private property. The works of Russian and foreign legal scholars, legislation on property management passed in various legal systems are studied. Research methods of the author are: analysis, synthesis, legal modeling, comparative law, contributing to formulation of new theoretical provisions for improving legal framework for professional management of private property.



Keywords

business asset management; personal funds; inheritance funds; property; property rights; redomiciliation; incorporation; investments; mutual investment fund; trust management.

For citation: Emelkina E.A. (2025) Legal Design of Economic Relations for Property Management. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 1, pp. 58–84. (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.58.84

Введение

Обращение к проблеме формирования в российском праве института профессионального управления частным имуществом обусловлено рядом предпосылок. Во-первых, это нынешняя экономическая ситуация, сопровождающаяся многочисленными санкциями против Российской Федерации, отдельных российских юридических лиц и физических лиц и, как ее следствие, активизация инвестирования частными лицами в российскую экономику, а также возвращение

капиталов из зарубежных и международных финансовых структур (трастовых фондов)¹ тех государств, которые еще позволяют такой возврат (деофшоризация). Перечисленные обстоятельства обусловили развитие российского законодательства о профессиональном управлении инвестициями, через паевые инвестиционные фонды и другие формы управления.

Во-вторых, появилась потребность в формировании специального правового регулирования «управления частным бизнес-имуществом» в связи с процессами трансформации, происходящими внутри предпринимательских сообществ. Состав владельцев бизнес-активов (в том числе активов, заработанных еще в 1990-х годах) постепенно изменяется: бизнес «стареет», он переходит в руки детей, супругов и иных лиц, которые зачастую не обладают не только знаниями и навыками в предпринимательстве, но и не имеют так называемой «предпринимательской жилки». В связи с этим более разумным для них является передача имущества в профессиональное управление. Такое профессиональное управление регулируется законодательством о наследственном планировании [Домшенко (Червец) Е.И., 2024: 78] через личные фонды (прижизненные и наследственные).

Нельзя не отметить развития в практике предпринимательской деятельности по передаче имущества кредитору в «обеспечительную (фидуциарную) собственность» в целях обеспечения исполнения должником обязательства. Правовая природа фидуциарной собственности дискутируется в российской доктрине [Кантор Н.Е., 2024: 38]; [Зорин В.С., 2024: 112]. Отсутствие адекватного правового регулирования отношений по «обеспечительной собственности» влечет негативные последствия для гражданского оборота».

Однако вряд ли можно говорить, что в настоящее время кредиторы по таким «обеспечительным сделкам» обладают признаками профессионального управляющего (за исключением кредитного учрежде-

¹ Приведем любопытную статистику, опубликованную профессором Б.А. Хейфецем, который пишет, что в 2021 г. россияне имели около 700 тыс. зарубежных счетов, на которых хранилось более 13 трлн. руб. (свыше 175 млрд. долл. по курсу на начало 2021 г.). Этот показатель основан на данных только 70 юрисдикций, участвовавших в обмене финансовой информацией. В частности, не учитывались средства на счетах в таких не участвовавших в обмене информацией государствах, как Великобритания и США, на которые приходилось до 15% всех трансграничных переводов денежных средств в страны дальнего зарубежья, составивших на 2021 г. 31,1 млрд. долл. См.: Хейфец Б.А. Вывоз капитала и деофшоризация российской экономики в условиях новой реальности // Экономическая безопасность. 2022. Том 5. № 3. С. 835-852.

ния-кредитора). Как правило, это участники обычных обязательственных правоотношений (держатели имущества), не имеющие статуса управляющего, не подчиняющиеся нормативно-определенному стандарту поведения. Неопределенность титула такого владельца, стандарта поведения, отсутствие публичности прав держателя имущества на подобном «обеспечительном праве» и др. влечет негативные последствия для гражданского оборота, в том числе возможный порок в праве добросовестного приобретателя такого имущества. Очевидно, что необходима легализация подобных видов «управления» чужим имуществом, удерживаемого в качестве обеспечения.

Можно перечислить и иные причины формирования специального правового регулирования профессионального управления имуществом — например, защиту активов выгодоприобретателя путем формирования фонда (сепарация), который не подлежит взысканию и может длительное время «служить» целям, ради которых он создан и др. Важной является и необходимость легализации передачи законно приобретенного имущества в управление профессиональному управляющему лицу, намеренным поступить на государственную или муниципальную службу (на период осуществления им соответствующих служебных полномочий).

В то же время нет оснований создания специального правового регулирования для отношений, при которых передача имущества в управление преследует цель «обхода закона» (например, сокрытие коррупционного имущества государственного служащего или имущества в случае взыскания в процедурах банкротства и др.).

1. Сущность профессионального управления имуществом.

Управление как экономическая категория

Долгое время правовое регулирование управления чужим имуществом в российском праве осуществлялось исключительно посредством договора доверительного управления (глава 53 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ; ГК), введенная 01.03.1996)². Данный институт предполагался для использования в различных имущественных сферах — как в предпринимательской, так и в не предпринимательской деятельности: управление наследственным имуществом, управление имуществом несовершеннолет-

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 N 14-ФЗ (ред. от 13.12.2024) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

него и недееспособного, объявленного умершим, а также управление имуществом предпринимателей в виде управления «хозяйством». Однако на момент введения данной главы в нашей стране еще не было развитых предпринимательских отношений, которые обусловили бы необходимость создания специальных норм для профессионального управления частным имуществом.

Профессиональное управление имуществом обладает следующими особенностями, позволяющими выделить его как самостоятельный тип управления.

Особое правовое положение сторон правоотношения: особый правовой статус управляющего, действующего в рамках выраженной в специальном акте воли учредителя; деятельность управляющего, основанная на доверии в особых доверительных отношениях (в странах общего права — фидуциарных отношениях); особый правовой статус выгодоприобретателей, повышенная охрана их интересов и широкий набор полномочий; особый статус учредителя, наличие у него функций контроля, а в ряде случаев — статуса выгодоприобретателя.

Особое содержание правоотношения, в котором все участники являются обладателями имущественного интереса в отношении объекта управления. Разделение интересов участников происходит через сбалансированную систему их прав и обязанностей, которые не должны порождать конфликт интересов.

Обособление имущества учредителя, переданного в управление, в виде целевого имущества (имущественного комплекса), служащего достижению целей управления, в том числе интересам выгодоприобретателей. Обособление имущества представляет собой «сепарацию имущественной массы» и имеет защиту от взыскания кредиторов, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Охрана конфиденциальной информации о субъектах правоотношения управления, содержании условий управления, а с другой стороны — необходимость информирования третьих лиц о том, что обладатель имущества является управляющим и действует в интересах выгодоприобретателей.

Наиболее существенной чертой профессионального управления являются повышенные требования к профессиональному управляющему в виде его особого правового статуса, включающего предоставление специальной правоспособности для осуществления чужого права собственности (указание данного полномочия в уставе, включение в специальный реестр управляющих, соответствие специальным стандартам (регламентам) управления и др.). В правовых порядках общего права управляющий имеет статус «трасти», а в стра-

нах континентального оправа — это, как правило, уполномоченный (управляющий) на управление [Зикун И.И., 2024: 27]. Для регулирования стандартов деятельности управляющих предлагается принятие специального регламента профессиональных управляющих.

Таким образом, можно заключить, что сформировалась тенденция к созданию более широкого по сравнению с договором доверительного управления института, в связи с чем в юридическом сообществе ведется дискуссия о разработке правового регулирования в отношении группы договоров, в которых забота об имуществе вверяется лицу «замещающего собственника» [Михеева Л.Ю., 2024: 18], а категория сделок в литературе определяется как договоры «по ведению чужого дела» [Зикун И.И., 2020: 255–301]. Наряду с договорной (обязательственной) формой управления частным имуществом введено управление имуществом специальным некоммерческим юридическим лицом — личным фондом.

Соответственно, на сегодняшний день профессиональное управление возможно через:

личные (прижизненные и наследственные) фонды, международные личные фонды;

договор доверительного управления имуществом, в том числе доверительного управления управляющей компанией активами акционерного инвестиционного фонда и паевого инвестиционного фонда.

Несмотря на популярность как в доктрине, так и в практике институтов профессионального управления, целый ряд аспектов, связанных с его правовым регулированием, а также с догматическим осмыслением остается до сих пор не решенным. В частности, требует уяснения определение его места в системе категорий гражданского права; соотношение с традиционными институтами вещного, обязательственного, корпоративного, наследственного права; развития в условиях частноправовой континентальной традиции права. Реализация указанной задачи безусловно требует серьезного доктринального обоснования критериев и признаков для обособления известных российскому праву форм управления частным бизнес-имуществом в единое системное образование, определения сущности права управления имуществом, формулировки его понятийного аппарата, содержания, а также места в системе гражданско-правового регулирования.

1.1. Исторический обзор

К категории управления частным имуществом в последнее десятилетия развития российского права обращались неоднократно,

подходы различались в зависимости от экономической ситуации. В советском праве управление имуществом рассматривалось исключительно в качестве оперативного управления государственным имуществом государственным трестом, а позднее — и иными организациями, и учреждениями. В условиях становления рыночной экономики в начале 1990-х годов, которое начиналось с процессов приватизации государственного имущества, была предпринята попытка внедрения в российскую юрисдикцию англо-американского института доверительной собственности (траста) с принятием Указа Президента Российской Федерации от 24.12.1993 № 2296 «О доверительной собственности (трасте)»³.

Данная попытка не имела успеха, ибо частноправовые принципы российского права, провозглашенные с принятием первого ГК РФ в 1994 г., «заблокировали» дальнейшее развитие доверительной собственности, и трастовые отношения были заменены обязательственно-правовым институтом доверительного управления имуществом (глава 53 ГК), выступившим основной правовой формой осуществления чужого права собственности. Введение траста в тот период справедливо было отвергнуто и российской цивилистической доктриной [Суханов Е.А., 2017: 8]; [Толстой Ю.К., Сергеев А.П., 1995: 289].

Следует заметить, что дискуссия о введении управления частным имуществом по аналогии с трастом на время затихала в начале XXI столетия. Вероятно, что причиной спада интереса бизнес-кругов к введению российских трастов выступили соответствующие экономические и политические шаги нашей страны на международном уровне: известно, что в 2000-х годах страна «распахнула двери» для вывоза из нее капитала в иностранные трасты в офшорах, и, наоборот, были созданы условия для создания в нашей стране бизнеса иностранных компаний. Поэтому запросы на передачу активов в профессиональное управление удовлетворялись правовыми конструкциями, которые предоставлялись российским предпринимателям зарубежным офшорным законодательством. Вопрос о том, чтобы создать профессиональное управление бизнес-имуществом на национальном российском уровне, на тот момент уже не стоял так остро.

Процессы деофшоризации и введения многочисленных экономических санкций против российского бизнеса в США и европейских странах вновь подняли вопрос о создании сходных с западными юрисдикциями правовых институтов управления имуществом. Од-

³ СЗ РФ. 1994. № 1. Ст. 6.

нако очевидная разница подходов в регулировании имущественных отношений в правовых порядках общего и частного права свидетельствует об отсутствии в нашей стране всего комплекса необходимых условий для прямого заимствования западных правовых институтов, обслуживающих управление капиталами.

1.2. Место профессионального управления чужим имуществом в частном праве

На пути обсуждения теоретических аспектов категории «управления имуществом» неизбежно встает вопрос о возможности введения в систему имущественных отношений российского гражданского права (относящегося к континентальному праву и основывающегося на теории унитарной собственности) элементов управления имуществом, которые зародились и выросли в юрисдикциях стран общего права.

О проблемах и противоречиях, которые порождает правовая конструкция трастов для континентального права, пишет авторитетный российский ученый-правовед Е.А. Суханов: «Попытки юридической квалификации конструкции траста на основе привычных для континентальных правовых порядков представлений наталкиваются на неразрешимые противоречия». Он также отмечает, что «в тех государствах, где на уровне законодательства введены институты, называемые трастом, на самом деле речь идет о введении не менее своеобразных правовых институтов, чем сам траст, во всяком случае не укладывающиеся в традиционные континентально-европейские представления о вещном праве» [Суханов Е.А., 2024: 182–197]⁴.

Профессор М. Лау также отмечает, что в юрисдикциях гражданского права (т.е. континентального) доминирует обязательственная модель трастовых отношений [Lau M.W., 2011: 76]. В зарубежных сравнительно-правовых исследованиях указывается, что законодатели в юрисдикциях частного права часто пытались найти решения теоретических проблем при внедрении траста в свою правовую систему. К этим проблемам относят наличие принципов частного права, которые противоречат сущности траста: абсолютная природа собственности; доктрина *numerus clausus*; необходимость формальности и публичности прав, подлежащих принудительному исполнению в отношении третьих лиц; отсутствие некоторых ключевых

⁴ В своей работе ученый показал своеобразие моделей траста в Лихтенштейне (Закон о трастах), Италии (ст. 2922 ГК), Чехии (ст. 1400-1707 ГК), Квебека (Канада) (ст. 129-1370 ГК), Франции (ст. 2015 ГК).

принципов траста в местном гражданском праве (таких как обязанность лояльности) [Meng Z., 2011: 3]. Российский правовед Д.В. Дождев называет в качестве основных препятствий к рецепции траста в континентальное право сходные с перечисленными выше проблемы [Дождев Д.В., 2015: 252].

Чтобы показать актуальность данной проблемы применительно к российскому гражданскому праву, полезно обратиться к некоторым общим характеристикам российского частного права. Российское гражданское право начиная с XIX века развивалось по пути романо-германского права. Главным делением в частном праве считается дифференциация всех норм на вещные и обязательственные, соответственно, на протяжении столетия сформировались различные правовые режимы регулирования вещных и обязательственных отношений. Российский юрист как юрист континентального права образован на этом делении, он без труда квалифицирует любой жизненный казус и приведет для его разрешения нормы, при этом четко определив, какие из них применимы к обязательственным отношениям, а какие — к вещным. Различными для вещных и обязательственных прав являются основания и порядок их возникновения, способы определения содержания и видов, степень свободы участников, методы регулирования, способы защиты, порядок удовлетворения требований, порядок перехода и опубликования и многое другое. В рамках вещных прав, в свою очередь, имеется деление на право собственности и ограниченные вещные права, которое сложилось исторически и зародилось еще в пандектном праве и противопоставляется институту разделенной собственности.

В отечественном праве основополагающей является модель унитарной собственности, которая в противовес разделенной собственности (в ситуации, когда в имущественных отношениях на один и тот же объект имеют место право собственности и, соответственно, свои интересы нескольких субъектов) не предполагает деления их интересов на «пучки прав» (как в англо-американском праве), а сохраняет единое право собственности. На взгляд автора настоящей работы, унитарность права собственности не отрицает появления новых форм управления частным имуществом, в частности, управление личного фонда (здесь законодатель определяет содержание собственности личного фонда через категорию «управление»). Объяснение данной конструкции можно найти в его характеристике как частной собственности личного фонда, ограниченной волей его учредителя.

1.3. Российское законодательство об управлении имуществом

На сегодняшний день механизм законодательного регулирования профессионального управления частным имуществом закреплён рядом нормативных правовых актов. В 2021 г. внесены изменения в ГК РФ относительно деятельности личных фондов (Федеральный закон от 1.07.2021 № 287-ФЗ «О внесении изменений в части первую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации» (вступил в силу с 1.03.2022)).⁵ Ещё раньше приняты Законы от 22.07.2005 № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации»⁶ и от 08.08.2021 № 290-ФЗ «О международных компаниях и международных фондах»⁷, предусматривающие управление имуществом международного фонда. Доверительное управление паевым инвестиционным фондом регулируется Законом от 29.11.2001 № 156-ФЗ (ред. от 22.07.2024) «Об инвестиционных фондах»⁸. Как уже отмечалось, доверительное управление регулируется главой 53 ГК.

Необходимо отметить появление новых потребностей в правовом оформлении отношений по управлению частным имуществом. Речь идет о мерах, введенных в отношении имущества, принадлежащего юридическим и физическим лицам недружественных государств, в ответ на случаи лишения России и (или) российских юридических или физических лиц права собственности на имущество, находящееся на территориях иностранных государств. Эти меры регулируются Указом Президента Российской Федерации от 25.04.2023 №302 «О временном управлении некоторым имуществом» (в ред. 31.12.2024)⁹. В Указе предусматривается механизм временного управления находящегося на территории нашей страны имущества иностранных лиц, связанных с недружественными иностранными государствами, и лиц, которые находятся под контролем указанных иностранных лиц; принадлежащих лицам недружественных иностранных государств ценных бумаг, долей в уставных (складочных) капиталах российских юридических лиц; имущественных прав, принадлежащих лицам недружественных иностранных государств.

В прилагаемом к Указу Перечне движимого и недвижимого имущества, ценных бумаг, долей в уставных (складочных) капиталах российских юридических лиц и имущественных прав, в отношении

⁵ СЗ РФ. 2023. № 18. Ст. 3290.

⁶ СЗ РФ. 2005. № 30. Ст. 3127.

⁷ СЗ РФ. 2021. № 32 (часть I). Ст. 5083.

⁸ СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4562.

⁹ СЗ РФ. 2023. № 18. Ст. 3290.

которых вводится временное управление, на настоящий момент указано 38 пунктов объектов управления (в перечне указаны два воздушных судна, 36 пакетов ценных бумаг различных корпораций).

Очевидно, что временное управление активами зарубежного бизнеса не является классической гражданско-правовой конструкцией, и представляет собой публично-правовой механизм — ответную меру на недружественные действия западных стран. Оно имеет серьезные отличия от частноправовых институтов управления: отсутствует воля собственника (учредителя), так как возникает в случаях, установленных законом на основании Указа Президента; прекращается по решению Президента Российской Федерации; учредителем не является собственник имущества; управляющим является государственный орган — агентство по управлению государственным имуществом; спорной является характеристика бенефициара такого управления. Временный управляющий осуществляет полномочия собственника имущества, ценных бумаг, долей в уставном (складочном) капитале российского юридического лица, имущественных прав, находящихся во временном управлении, за исключением полномочий по распоряжению имуществом.

Вряд ли можно говорить о возможности прямого применения к такому управлению главы 53 ГК, скорее всего, необходимо допустить лишь субсидиарное применение отдельных ее норм. Такое управление является временной мерой и выступает в большей степени институтом публичного права.

1.4. Экономическая категория «управление имуществом» и особенности ее правового оформления

Под профессиональным управлением частным имуществом понимается широкий круг предпринимательских отношений по «хозяйствованию с имуществом». Правовые механизмы их нормативного регулирования складывались точно, в разные периоды и для различных целей. Определение понятия «управления имуществом» отсутствует в российском законодательстве. Закрепляя термин «управление», законодатель не придает ему значения самостоятельной правовой категории: не рассматривает его в качестве отдельного элемента вещного права или обязательственного права. Чаще всего использует термин «управление» для обозначения в системе правового регулирования комплекса действий (деятельности) субъектов экономической деятельности¹⁰.

¹⁰ Если обратиться к термину «управление», то обнаружим его использование в различных сферах. В словаре экономических терминов найдено 21 определение

Попытки определить управление имуществом как категорию гражданского права обречены на неудачу. Категория «управление имуществом» — экономическое понятие и оно представляет собой экономическое отношение по организации хозяйственной деятельности профессионального управляющего в отношении имущества. Управлять с точки зрения экономики можно как своим, так и чужим имуществом. Объяснить это явление с использованием устоявшихся традиционных правовых конструкций невозможно. Цель правового регулирования управления имуществом как экономического отношения — создание правовых режимов в зависимости от сущности и назначения таких экономических отношений.

Эти правовые режимы создаются через правовое оформление экономических отношений собственности. Подобный подход обоснован тем, что необходимо «четко различать экономическую и юридическую (прежде всего гражданско-правовую) стороны отношений присвоения, ибо их необоснованное смешение ведет к очевидным негативным последствиям. Дело в том, что экономические формы присвоения юридически выражаются не только в праве собственности или в экономических категориях форм собственности, но и в разнообразных правовых институтах» [Суханов Е.А., 2023: 32–42]. Новое российское гражданское право разработало правовой инструментарий для различных экономических отношений по управлению имуществом в виде института доверительного управления и института личного фонда.

Стоит заметить, что определение понятия «управление» никогда не закреплялось российским правом, его не было при правовом регулировании советским правом оперативного управления имуществом государственного предприятия; использовался технико-юридический прием перечисления прав и обязанностей предприятия, определения пределов использования государственного имущества, в том числе запретов, ограничений в деятельности предприятия, мер ответственности. При принятии Закона СССР от 6.03.1990 «О собственности в СССР» (ст. 24)¹¹, а затем Закона РСФСР «О собственности в РСФСР» от 24.12.1990 №443-1¹² право оперативного управ-

данного термина. Как экономическое явление под управлением понимается «сознательное целенаправленное воздействие со стороны субъектов, органов на людей и экономические объекты, осуществляемое с целью направить их действия и получить желаемые результаты». Управление — это еще и административная деятельность органов государства, а также деятельность органов юридического лица; отдельно речь идет об управлении предприятием, управлении персоналом.

¹¹ Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1990. № 11. Ст. 164.

¹² Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1990. № 30. Ст. 416.

ления предприятия было заменено на право полного хозяйственного ведения, а в ГК — на хозяйственное ведение, но при этом было сохранено право оперативного управления за учреждением. «Непонятность» для правоведов термина «управление» послужило к отказу от него в союзном законе «О собственности».¹³

Сущность профессионального управления имуществом заключается в том, что собственник по своей воле наделяет другое лицо правом на осуществлении его права собственности в интересах самого собственника или назначенного им выгодоприобретателя¹⁴.

В противоположность унитарной модели права собственности модель разделенной собственности представляет собой передачу имущества доверительному собственнику в целях управления ею в интересах бенефициара, общее право признает всех участников правоотношения собственниками данного имущества.

Управление имуществом в качестве осуществления чужого права собственности следует признать за доверительным управляющим, поскольку надделение имуществом не порождает перехода к нему права собственности. По-другому создана конструкция личного фон-

¹³ См.: доклад Е.А. Суханова 24.07.2024 на конференции «Цивилистическое наследие С.С. Алексеева». Available at: URL: <https://privlaw.ru/news/o-sergee-sergeeviche-alekseeve-i-ne-tolko-itogi-konferentsii-k-100-letiyu-so-dnya-rozhdeniya-s-s-ale/> (дата обращения: 20.09.2024). Запись конференции доступна. Available at: URL: <https://rutube.ru/video/c54b53bb64a6f76640f7aa423fe3b8a2/> (дата обращения: 20.09.2024)

¹⁴ Интересно, что в истории развития российской правовой доктрины были выдвинуты предложения пересмотреть закрепленное в ГК содержание права собственности (п. 1 ст. 209 ГК РФ) и дополнить его правомочием собственника на «управление». Профессор В.П. Мозолин критиковал известную «триаду правомочий собственника», предлагал дополнить ее четвертым правомочием в виде управления и формулировал свое понятие права собственности: «Собственник вправе по своему усмотрению владеть, пользоваться и распоряжаться, осуществлять лично или через других лиц управление принадлежавшим ему имуществом, а также совершать в отношении него любые другие действия, не запрещенные законом». По его мнению, право управления относится к категории динамических правомочий, призванных обеспечить реализацию правомочий владения, пользования и распоряжения имуществом со стороны собственника. На наш взгляд, нет оснований для дополнения содержания права собственности еще одним правомочием. Известно, что владение, пользование и распоряжение представляют собой возможности по использованию свойств объекта вещного права: владение и пользование — потребительскую стоимость вещи, распоряжение — ее меновую стоимость. Управление имеет другое назначение и содержание, оно гораздо шире, чем указанные вещные правомочия, и настолько шире, что может выйти за содержание вещной правосубъектности участника правоотношений, включать и организационные правомочия и должно рассматриваться в качестве типовой конструкции для различных имущественных прав [Мозолин В.П., 1992: 34-48].

да: согласно ст. 123.20-4 ГК личный фонд создается для управления имуществом учредителя, при этом фонд признается собственником переданного ему учредителем имущества. Российский законодатель, сохраняя устои континентальной традиции права, не сделал шага к признанию разделенной собственности личного фонда, определив в качестве такого лишь юридическое лицо-фонд, наделив при этом учредителя комплексом прав контроля за деятельностью как фонда. Таким образом, управление имуществом личного фонда следует называть управлением своими активами, а не чужими.

В связи с этим необходимо признать, что для управления частным имуществом в нашей стране сформировали две модели. Первая построена как управление чужим имуществом, как правовая форма осуществления чужого права собственности (доверительное управление и др.). Вторая построена на управлении своим имуществом, которое выражено в праве собственности управляющего на объект управления.

Правовая природа права собственности личного фонда требует объяснения через наличие у фонда вещного права собственности, ограниченного волей учредителя фонда. Соотношение категорий «управление» и «право собственности» личного фонда объясняется через характеристику управления им имуществом как экономического отношения, а его права собственности — как правового режима данного экономического отношения. Поэтому использование применительно к личному фонду термина «управление имуществом» необходимо рассматривать как юридико-технический прием, который указывает на право фонда «хозяйствовать с имуществом». Правовой формой данного хозяйствования выступает право собственности.

Итак, категория профессионального управления частным имуществом является типовой конструкцией, которая охватывает различные виды отношений, возникающих на основе личного доверия и характеризуется: передачей собственником (учредителем управления) имущества в управление специально уполномоченному лицу (управляющему) на основании договора с правом осуществлять любые фактические и юридические действия в интересах учредителя управления или указанного им лица (выгодоприобретателя); передачей собственником (учредителем) имущества в собственность специально созданного личного фонда, действующего в соответствии с волей учредителя и утвержденными им условиями управления, для достижения целей фонда (в том числе в целях передачи имущества и дохода от него выгодоприобретателю).

2. Признаки профессионального управления имуществом. Управление имуществом в зарубежном праве

2.1. Признаки профессионального управления имуществом

Перечисленные правовые конструкции управления имуществом имеют общую цель — заместить профессиональным управляющим собственника в имущественном правоотношении по управлению обособленным имуществом в интересах выгодоприобретателя.

При формировании правового режима управления частным имуществом следует руководствоваться следующими общими сущностными признаками.

Передача прав на имущество (всех или части) доверенному лицу — управляющему с возложением обязанности действовать в интересах выгодоприобретателя. Передача прав на имущество возможна посредством создания самостоятельного способа осуществления чужого права собственности (легитимационная передача) либо с переходом управляющему права собственности на имущество.

Участие в правоотношении по передаче трех субъектов, удовлетворяющих собственные интересы в данном правоотношении, распределение между ними прав и обязанностей: учредителя-собственника, управляющего, выгодоприобретателя (бенефициара). Учредитель и выгодоприобретатель (бенефициар) могут совпадать в одном лице.

Наличие доверительных отношений, а в ряде случаев — особых фидуциарных отношений (при поручении). В связи с этим складываются особые отношения по расторжению договора и привлечению к ответственности. Вопрос о признании профессионального управления имуществом фидуциарным правоотношением породил в отечественной доктрине дискуссию. Под фидуциарными обязанностями управляющего понимают обязанность действовать в интересах выгодоприобретателей преданно и заботливо [Гутников О.В., 2019: 25.], лояльно и преданно (т.е. верно) [Махалин И.Н., 2020: 155]. Применительно к управлению имуществом предлагается определить обязанности управляющего как необходимость действовать добросовестно и разумно (по аналогии оснований ответственности за убытки, причиненные юридическому лицу ст. 53.1 ГК) [Михеева Л.Ю., 2024: 23].

Цель передачи имущества в управление. Целевое имущество всегда обособляется для достижения конкретных целей. Цель должна

быть указана в договоре, учредительных документах. Она настолько важна, что является даже общим пределом реализации прав и обязанностей управляющего.

Обособление имущества для определенной цели. Установлен иммунитет на имущество, переданного в управление от взыскания как кредиторов учредителя, так и кредиторов бенефициара (личный фонд отвечает по долгам учредителя в течении первых трех лет с момента создания¹⁵).

Наличие внешних и внутренних отношений: внешних — абсолютных — между управляющим и третьими лицами, внутренних — относительных — между субъектами правоотношения.

В связи с этим есть смысл полагать, что профессиональное управление частным имуществом должно основываться на следующих принципах: единстве права собственности; публичности; наличии целевого обособленного имущества; на управлении в интересах выгодоприобретателя; на принципе обособления имущества (кристаллизации); на принципе разделения; на отсутствии конфликта интересов участников управления; на особом характере деятельности (по мнению Л.Ю. Михеевой, «рачительного хозяина») [Михеева Л.Ю., 2024: 21] и на ответственности профессионального управляющего.

2.2. Управление частными бизнес-активами в зарубежных правовых порядках

Существуют следующие основные модели профессионального управления частным имуществом:

Модель общего права, которая заключается в управлении через трасты (основана на разделенной и доверительной собственности) (Англия, США, Канада и др.)¹⁶. Трасты проникли в страны Латин-

¹⁵ По п. 6 ст. 123.20–4 ГК личный фонд, за исключением наследственного фонда, несет субсидиарную ответственность своим имуществом по обязательствам учредителя личного фонда в течение трех лет со дня его создания. В исключительных случаях, если кредиторы личного фонда или учредителя личного фонда по уважительным причинам не имели возможности обратиться с требованиями к учредителю личного фонда или личному фонду в течение указанного срока, этот срок может быть продлен судом, но не более чем на пять лет со дня создания личного фонда.

¹⁶ В странах общего права основным и центральным в системе моделей управления частным имуществом выступают трасты. Отмечается, что в англо-американском праве существует более 160 разновидностей трастов. В начале 2000-х гг. насчитывалось 53 правовых порядков, которые заимствовали в том или ином виде правовую модель англо-американского траста (не считая основные мировые юрисдикции общего права — Великобританию, США, Канаду, Австралию, Гонконг, Сингапур, Индию и т.д.) [Meng Z., 2017: 5].

ской Америки и Юго-Восточной Азии (Япония, Южная Корея). При этом траст распространен также в государствах, имеющих офшоры (Сингапур, Объединенные Арабские Эмираты и др.) В европейских странах трасты развиты в Лихтенштейне, Люксембурге, на Кипре. Своеобразная модель управления имуществом с элементами траста имеется в Китае;

Модель частного (цивильного) права, которая включает институт фидуциарного управления (французская *la fiducie*, *treuhand* в Германии и Швейцарии), модель управления через правоспособные и не- правоспособные фонды (немецкий и австрийский *Stiftung*);

Смешанная модель — юрисдикции, которые заимствовали элементы общего права (трастов), а также создали смешанные правовые конструкции (трастоподобные конструкции), в том числе управление имуществом посредством переноса или расщепления вещного титула (ЮАР, Луизиана, Квебек, Молдова, Чехия и др.)¹⁷.

Правоведы стран континентального права, исследуя трасты, решают задачу адаптации модели общего права к правовым системам, основанным на классических частноправовых принципах. Концепции, сформулированные ими, позволили внедрить в правовые порядки сходные с трастами институты. При этом во многих юрисдикциях доктрина обосновала их введение без нарушения фундаментальных основ национального гражданского права. Как отмечает Д.В. Дождев, «ни в одной из стран цивилистической традиции, даже в тех, в которых существование института стимулируется соответствующим окружением и судебной системой, выстроенной по канонам общего права (т.н. смешанные юрисдикции), и где «траст» признается творением местного гражданского права: в Шотландии, ЮАР, Луизиане и Квебеке, — собственно траст воспроизведен не был» [Дождев Д.В., 2015].

В российской и зарубежной юридической литературе неоднократно отмечалось, что ввиду ограниченного перечня вещных прав и «неделимости» права собственности в континентальной системе невозможно создание траста в его англосаксонском понимании. В зарубежной литературе появилось понятие *trust-like-devices*, переводимое в российской юридической литературе как «трастоподобные конструкции». Под ним следует понимать правовые конструкции, которые достигают тех же целей, что и траст, а именно: (а) профессиональное управление имуществом, (б) конфиденциальность при-

¹⁷ Традиционно к смешанным правовым системам относят правовые порядки Луизианы, Квебека, Шотландии, Индии, Южной Африки.

надлежасти имущества, (в) сохранение контроля над имуществом после смерти [Wilson W.A., 1981].

3. Правовые формы управления имуществом в российском праве

Доверительное управление имуществом. В качестве альтернативы доверительной собственности (траста), введенного Указом Президента Российской Федерации¹⁸ в 1994 году, был создан институт доверительного управления имуществом (глава 53 ГК), по своей правовой природе и экономическому назначению вполне применимый для управления чужими имуществом. Доверительное управление рассматривается как один из способов осуществления права собственности путем заключения договора, порождающего обязательственные отношения [Суханов Е.А., 2024: 182, 183]. По этому договору одна сторона (учредитель управления) передает другой стороне (доверительному управляющему) на определенный срок имущество в доверительное управление, а другая сторона обязуется осуществлять управление этим имуществом в интересах учредителя управления или указанного им лица (выгодоприобретателя). На сегодняшний день сформировались самостоятельные подвиды профессионального доверительного управления: доверительное управление предприятием; доверительное управление наследственным имуществом: доверительное управление автомобильными дорогами; паевым инвестиционным фондом; пенсионным накоплениями; залоговым имуществом.

Доверительное управление имуществом активами акционерного инвестиционного фонда и паевого инвестиционного фонда. Отношения по управлению имуществом АИФ (акционерного инвестиционного фонда) и ПИФ (паевого инвестиционного фонда) регламентированы Законом от 29.11.2001 № 156-ФЗ (ред. от 22.07.2024) «Об инвестиционных фондах»¹⁹, к которым относятся в свою очередь акционерные инвестиционные фонды и паевые инвестиционные фонды²⁰. Управление чужим имуществом, а именно имуществом ак-

¹⁸ СЗ РФ. 1994. № 1. Ст. 6.

¹⁹ СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4562.

²⁰ Согласно п. 1 ст. 10 ФЗ «Об инвестиционных фондах», «паевой инвестиционный фонд — обособленный имущественный комплекс, состоящий из имущества, переданного в доверительное управление управляющей компании учредителем (учредителями) доверительного управления с условием объединения этого имущества с имуществом иных учредителей доверительного управления, и из имущества,

ционерного общества либо имуществом физических и юридических лиц через механизм доверительного управления осуществляется профессиональной управляющей компанией.

Такое управление имеет значение и для сохранения бизнес-активов умерших физических лиц, например, при создании закрытого ПИФ, который формируется профессиональной управляющей компанией для конкретного физического лица. Для закрытого ПИФ характерно отсутствие у владельца инвестиционных паев права требовать от управляющей компании прекращения договора доверительного управления ПИФ до истечения срока его действия иначе как в случаях, предусмотренных Законом об инвестиционных фондах [Белицкая А.В., 2016: 151–152].

Управление имуществом посредством личных фондов. Управление имуществом личным фондом (прижизненным и наследственным) регламентировано ГК (ст. 123.20-4–123.20.8). Согласно п. 1 ст. 123.20-4 «Основные положения о личном фонде» личным фондом признается учрежденная на определенный срок либо бессрочно гражданином или после его смерти нотариусом унитарная некоммерческая организация, осуществляющая управление переданным ей этим гражданином имуществом или унаследованным от этого гражданина имуществом, а также иным имуществом в соответствии с утвержденными им условиями управления.

Российский законодатель рассматривает личный фонд как правосубъектную унитарную некоммерческую организацию, сведения о которой должны быть обязательно внесены в ЕГРЮЛ. Главные существенные характеристики личного фонда по российскому праву следующие:

личный фонд подлежит обязательной регистрации в ЕГРЮЛ как юридическое лицо. Не допускается действие личного фонда как неправосубъектной организации;

имеет статус унитарной некоммерческой организации;

является видом фонда наряду с общественно-полезным фондом;

учреждается гражданином при жизни либо после его смерти нотариусом;

цель деятельности — управление переданным гражданином имуществом при жизни, а также наследственным имуществом;

может быть как срочным, так и бессрочным;

полученного в процессе такого управления, доля в праве собственности на которое удостоверяется ценной бумагой, выдаваемой управляющей компанией». Паевой инвестиционный фонд не является юридическим лицом.

наделяется правом собственности на имущество, переданное ему учредителем.

Конструкция российского права по управлению имуществом через личный фонд обладает большим своеобразием, поскольку личный фонд управляет не чужим, а своим имуществом. Согласно п. 4 ст. 123.20-4 имущество, передаваемое личному фонду его учредителем, принадлежит личному фонду на праве собственности. Учредитель личного фонда не имеет прав на имущество созданного им фонда. Однако данное право собственности личного фонда является весьма ограниченным (неполным), поскольку, с одной стороны личный фонд управляет своей собственностью, с другой — выполняет чужую волю и действует в чужих интересах. Л.Ю. Михеева так охарактеризовала действия личного фонда — он управляет имуществом «невидимой рукой учредителя» [Михеева Л.Ю., 2024: 14].

Идея личного фонда — долгосрочное или бессрочное управление специально обособленным имуществом для определенной цели, финансирование достижения этой цели. Управление должно действовать как при жизни, так и после смерти наследодателя с эффективным менеджментом. Таким образом, цель личного фонда должна быть такой, актуальность которой видится учредителю на долгие годы вперед.

Управление имуществом международного личного фонда, созданного в результате редомициляции и инкорпорации. Отношения по редомициляции и инкорпорации регулируются нормами Федерального закона «О международных компаниях и международных фондах» от 03.08.2018 № 290-ФЗ и Федерального закона от 03.08.2018 № 291-ФЗ «О специальных административных районах на территориях Калининградской области и Приморского края»²¹.

Правовая конструкция международного фонда была введена в российское законодательство 01.01.2020. Международный личный фонд — личный фонд (подп. 1.1 § 7 главы 4 ГК) зарегистрирован на территории специального административного района в порядке редомициляции или инкорпорации. Личный фонд может приобрести статус международного личного фонда одновременно с государственной регистрацией в ЕГРЮЛ посредством: регистрации в порядке редомициляции на территории специального административного района иностранной унитарной некоммерческой организации, которая приняла решение об изменении своего личного закона в установленном таким личным законом порядке; регистрации в по-

²¹ СЗ РФ. N 32 (часть I). Ст. 5084.

рядке инкорпорации на территории специального административного района унитарной некоммерческой организации, учрежденной гражданином либо созданной во исполнение завещания гражданина после его смерти.

К деятельности международных личных фондов применяются положения ГК и других законов о личных фондах, если иное не предусмотрено правилами специального закона о международных фондах (ст. 12.15 ФЗ «О международных компаниях и международных фондах» (в ред. ФЗ от 08.08.2024 №305-ФЗ). Понятие «редомициляция» в законодательстве не определено, в доктрине под ним понимают трансформацию личного закона юридического лица из одной национальной юрисдикции в другую.

Обеспечительная передача права собственности. В правоприменительной практике сформировались отношения особой фидуциарной собственности, которые применяются как средства обеспечения исполнения обязательств путем передачи должником имущества в собственность кредитора до исполнения обязательства [Зорин В.С., 2024: 10]; [Громов С.А., 2019]. Несмотря на то, что данные отношения порождают право кредитора-фидуциара в отношении чужого имущества должника-кредитора, до исполнения последним обязательства оно обладает существенным отличием от профессионального управления.

Конструкции обеспечительной собственности отличается от профессионального управления, тем что имеет иную цель, она заключается в обеспечении обязательства кредитора; право кредитора на имущество не является профессиональным управлением; правовое положение сторон не предполагает статуса учредителя, управляющего и выгодоприобретателя (бенефициара); нет признака сепарации имущества и др. В то же время категория обеспечительной собственности требует правового оформления, в том числе необходима публичность данного права для третьих лиц; определение законом пределов прав фидуциария; гарантий прав фидуцианта на возврат имущества и др. Более эффективным для достижения указанных целей является правовое оформление обеспечительной собственности с использованием элементов близких по сущности институтов залогового права, права обратного права выкупа и др.

Можно констатировать, что внесенные в гражданское законодательство изменения сформировали новые российские институты управления частным имуществом (личные и наследственные фонды, доверительное управление) в русле унитарной (элементарной, единой) концепции права собственности, на которой строятся отечественная доктрина и российское законодательство.

Заключение

Категория «управление имуществом» представляет собой экономическое понятие — хозяйственная деятельность профессионального управляющего в отношении имущества в интересах бенефициара. Цель правового регулирования управления имуществом как экономического отношения — создание правовых режимов в зависимости от сущности и назначения таких экономических отношений. Российское гражданское право разработало правовой инструментарий для различных экономических отношений по управлению имуществом в виде института доверительного управления и института личного фонда.

Правовое оформление управления частным имуществом осуществлено посредством его формирования как комплексного правового института, основанного на нормах как вещного права, так и права наследственного, обязательственного права, права юридических лиц. Предметом правового регулирования данного института являются имущественные отношения, возникающие в результате передачи учредителем (частным собственником) в управление специально назначенному субъекту-управляющему обособленного имущества (имущественного комплекса) с условием его использования в соответствии с волей учредителя и указанной им целью в интересах указанного учредителем лица (выгодоприобретателя). Управление частным имуществом не влечет разделения права собственности между участниками правоотношения.

Предложено рассматривать право собственности личного фонда на переданное ему учредителем имущество как ограниченное в соответствии с волей учредителя и целями фонда вещное право.

Система поединститутов управления частным имуществом может выглядеть следующим образом: 1) доверительное управление чужим имуществом (управление имуществом подопечного, наследственным имуществом нотариусом и иным управляющим, управление пенсионными накоплениями, управление автомобильными дорогами и др.); 2) профессиональное доверительное управление акционерным инвестиционным фондом и паевым инвестиционным фондом; 3) профессиональное управление имуществом личного фонда (в т.ч. наследственного фонда); 4) профессиональное управление имуществом международного личного фонда (в т.ч. международного наследственного фонда)

Однозначного ответа на вопрос о необходимости создания в системе гражданского законодательства нового института по типу «ведения чужого дела» или специального «профессионального управления», закрепляющего некие общие нормы о перечисленных видах

управления, а также специальные нормы, учитывающие особенности правового режима отдельных видов, пока нет. Российское право поэтапно создаёт инструментарий в ответ на новые экономические вызовы, используя при правовом оформлении как национальные так и зарубежные правовые институты.



Список источников

1. Белицкая А.В. Закрытые паевые инвестиционные фонды недвижимости: анализ их структурирования по законодательству РФ и зарубежных стран // Вестник Московского университета. Сер. 11: Право. 2016. № 2. С. 51–52.
2. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность / Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М.: Статут, 2004. 557 с.
3. Громов С.А. Обеспечительная собственность: догматический очерк на примере лизинга // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. N 2. С. 46-91; N 3. С. 66–123; N 4. С. 51–112.
4. Гутников О.В. Фидуциарные обязанности в российском корпоративном праве // Гражданское право. 2019. N 6. С. 25–29.
5. Дождев Д.В. Международная модель траста и унитарная концепция права собственности. В кн.: Человек и его время: Жизнь и работа Августа Рубанова / сост. О.А. Хазова. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 251–345.
6. Домшенко (Червец) Е.И. Личный фонд — новый российский правовой инструмент для управления, сохранения и передачи наследуемого имущества // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2024. N 2. С. 78–92.
7. Зикун И.И. Гражданско-правовой титул инвесторов на имущество инвестиционных фондов SICAV И SICAF // Вестник гражданского права. 2020. N 6. С. 255–301.
8. Зикун И.И. Гражданско-правовые титулы управления инвестиционным фондом: дис... к. ю. н. М., 2021. 182 с.
9. Зикун И.И. О профессиональном стандарте деятельности доверительного управляющего // Закон. 2024. N 2. С. 26–36.
10. Зорин В.С. Фидуциарная передача права собственности как способ обеспечения исполнения обязательств: дис....к. ю. н. М., 2024. 182 с.
11. Кантор Н.Е. Мнимый собственник: вопросы правовой квалификации // Закон. 2024. N 2. С. 37–52.
12. Махалин И.Н. Доктрина фидуциарных обязанностей: защитница доверия под маской английской шпионки // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. N 1. С. 152–200.
13. Маргулис Р.Л., Маргулис Ю.В. Личный фонд: перспективное решение для управления активами // Закон. 2024. N 2. С. 80–88. <https://doi.org/10.37239/0869-4400-2024-21-2-80-88>
14. Михеева Л.Ю. Доверительное управление имуществом. М.: Юристь, 1999. 176 с.
15. Михеева Л.Ю. Управлять=опекать=заботиться // Закон. 2024. N 2. С. 17–25.
16. Мозолин В.П. Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике. М., ИГПАН, 1992. 175 с.

17. Суханов Е.А. О доверительном управлении имуществом как обязательственно-правовом способе осуществления права собственности // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 11. С. 44–56.
18. Суханов Е.А. Вещное право: научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2024. 626 с.
19. Суханов Е.А. О вещном праве собственности и недвижимости // Закон. 2023. N 7. С. 32–42.
20. Толстой Ю.К., Сергеев А.П. (ред.) Гражданское право / Часть 1: учебник. М.: ТЕИС, 1996. 552 с.
21. Хейфец Б.А. Вывоз капитала и деофшоризация российской экономики в условиях новой реальности // Экономическая безопасность. 2022. Т. 5. N 3. С. 835–852.
22. Grundmann S. Trust and Treuhand at the end of the 20th century. Key problems and shift of interests. *The American Journal of Comparative Law*, 1999, vol. 47, pp. 401–428.
23. Kötz H. Die 15 Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trusts. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1986, no. 50, S. 562–585.
24. Lau M. *The Economic Structure of Trusts: Towards a Property-based Approach*. New York: Oxford University Press, 2011, 214 p.
25. Meng Z. *Ownership of Trust Property in China A Comparative and Social Capital Perspective*. Singapore: Springer Nature, 2017, 171 p.
26. Panico P. *International Trust Laws*. Oxford: University Press, 2017, 842 p.
27. Wilson W. (ed.) *Trusts and Trust-like Devices*. London: National Committee of Comparative Law; British Institute of International and Comparative Law, 1981, 244 p.



References

1. Belitskaya A.V. (2016) Closed-end real estate mutual investment funds: analysis of their structuring under the legislation of the Russian Federation and foreign states. *Vestnik Moskovskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo*=Bulletin of the Moscow State University. Law, no. 2, pp. 51–52 (in Russ.)
2. Domshenko (Chervets) E.I. (2024) Personal fund — a new Russian legal instrument for managing, preserving and transferring inherited property. *Imushchestvennyye otnosheniya v Rossiyskoy Federatsii*=Property Relations in the Russian Federation, no. 2, pp. 78–92 (in Russ.)
3. Dozhdev D.V. (2006) International model of trust and unitary concept of property rights. In: *Man and His Time: Life and Work of August Rubanov*. O.A. Khazova (ed.). Moscow: Wolters Kluwer, pp. 251–345 (in Russ.)
4. Gromov S.A. (2019) Security property: a dogmatic essay on the example of leasing. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*=Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation, no. 2, pp. 46–91; no. 3, pp. 66–123; no. 4, pp. 51–12 (in Russ.)
5. Grundmann S. (1999) Trust and treuhand at the end of the 20th century. Key problems and shift of interests. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, pp. 401–428.
6. Gutnikov O.V. (2019) Fiduciary duties in Russian corporate law. *Grazhdanskoye pravo*=Civil Law, no. 6, pp. 25–29 (in Russ.)

7. Kantor N.E. (2024) Imaginary owner: issues of legal qualification. *Zakon=Law*, no. 2, pp. 37–52 (in Russ.)
8. Kheifets B.A. (2022) Capital export and deoffshorization of the Russian economy in context of the new reality. *Ekonomicheskaya bezopasnost'* =Economic Security, vol. 5, no. 3, pp. 835–852 (in Russ.)
9. Kötz H. (1986) Die 15 Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trusts. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, no. 50, pp. 562–585.
10. Lau M. (2011) *The economic structure of trusts: towards a property-based approach*. New York: Oxford University Press, 214 p.
11. Makhalin I.N. (2020) The doctrine of fiduciary duties: a defender of trust under the guise of an English spy. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*=Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation, no. 1, pp. 152–200 (in Russ.)
12. Margulis R.L., Margulis Yu. V. (2024) Personal fund: a promising solution for asset management. *Zakon=Law*, no. 2, pp. 80–88 (in Russ.)
13. Meng Z. (2017) *Ownership of trust property in China. A comparative and social capital perspective*. Singapore: Springer, 171 p.
14. Mikheeva L. Yu. (1999) *Trust management of property*. Moscow: Jurist, 176 p. (in Russ.)
15. Mikheeva L. Yu. (2024) To manage=to patronize=to care. *Zakon=Law*, no. 2, pp. 17–25 (in Russ.)
16. Mozolin V.P. (1992) *Ownership rights in the Russian Federation during transition to market economy*. Moscow: IGPAN, 175 p. (in Russ.)
17. Panico P. (2017) *International trust laws*. Oxford: University Press, 842 p.
18. Sukhanov E.A. (2017) On trust management of property as an obligatory-legal method of exercising ownership rights. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*=Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation, no. 11, pp. 44–56 (in Russ.)
19. Sukhanov E.A. (2024) *Property law: an educational essay*. Moscow: Statut, 626 p. (in Russ.)
20. Sukhanov E.A. (2023) On the property right of ownership and real estate. *Zakon=Law*, no. 7, pp. 32–42 (in Russ.)
21. Tolstoy Yu. K., Sergeev A.P. (1996) *Civil law: textbook*. Moscow: TEIS, 552 p. (in Russ.)
22. Venediktov A.V. (2004) State socialist property. In: *Selected works on civil law*. Vol. II. Moscow: Statut, 557 p. (in Russ.)
23. Wilson W. (ed.) (1981) *Trusts and trust-like devices*. London: National Committee of Comparative Law; British Institute of International and Comparative Law, 244 p.
24. Zikun I.I. (2020) Civil title of investors to the property of investment funds SICAV and SICAF. *Vestnik grazhdanskogo prava*=Bulletin of Civil Law, no. 6, pp. 255–301 (in Russ.)
25. Zikun I.I. (2021) *Civil titles of investment fund management*. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 182 p. (in Russ.)
26. Zikun I.I. (2024) On the professional standard of the trustee's activities. *Zakon=Law*, no. 2, pp. 26–36 (in Russ.)
27. Zorin V.S. (2024) Fiduciary transfer of ownership as a way to ensure the fulfillment of obligations. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 182 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

И.А. Емелькина — доктор юридических наук, доцент.

Information about the author:

I.A. Emelkina — Doctor of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 03.02.2025; одобрена после рецензирования 14.02.2025; принята к публикации 14.02.2025.

The article was submitted to editorial office 03.02.2025; approved after reviewing 14.02.2025; accepted for publication 14.02.2025.

Научная статья

JEL: K15

УДК: 340.1

DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.85.114

***Differentia specifica* правовых принципов в контексте судебной аргументации**



Дарья Александровна Фаталиева

Санкт-Петербургский государственный университет, Россия, 199034 Санкт-Петербург, Университетская наб., 7-9,

d.fatalieva@spbu.ru, <https://orcid.org/0000-0002-7590-7868>



Аннотация

Семантическая неопределенность правовых текстов в наибольшей степени проявляется в абстрактных нормативных формулировках правовых принципов. Для определения корректной методологии работы с принципами права необходимо выявить критерии, позволяющие квалифицировать соответствующий стандарт в качестве правового принципа, выявить особенности применения правовых принципов, определяющие методы их использования в судебной аргументации. В статье рассматриваются теоретические дискуссии о понятии «правовой принцип» с точки зрения позиции нормативного дуализма и отграничения принципов от смежной категории правовых правил, а также с учетом разграничения принципов на виды, включая обособление категории правовых постулатов преимущественно исходя из аргументативного подхода к праву. Автор приходит к выводу о большей состоятельности позиции «слабого» разграничения, рассматривающей принципы наряду с правилами как разновидности правовых норм, отличающиеся по показателю степени. При этом абстрактность и семантическая неопределенность как свойство правовых принципов сами по себе должны быть конкретизированы, поскольку характерны для любых правовых предложений. Правовые принципы изначально представляют открытые высказывания, с чем связана большая свобода усмотрения правоприменителя. На процесс аргументации также влияет специфика различных видов правовых принципов, включая их деление на принципы *stricto sensu*, выражающие высшие ценности правопорядка, и принципы — программные нормы, которые предусматривают обязанность достижения определенных целей, что предполагает возможность быть реализованными в определенной степени. Кроме того, наличие или отсутствие эксплицитной позитивации принципа в право-

вых текстах влияет на обязывающую силу принципа. Важным дополнением дихотомии «правовые принципы — правовые правила», выступает категория правовых постулатов или методологических принципов, адресованных непосредственно субъектам толкования и определяют применение других правовых норм, так как она подчеркивает методологические различия в применении правовых принципов в качестве правовых норм — оснований разрешения спора, и в качестве правовых постулатов, определяющих специфику применения других правовых норм.



Ключевые слова

правовые принципы; правовые правила; правовые постулаты; судебная аргументация; семантическая неопределенность; «взвешивание»; аргументативный подход.

Благодарности: Работа выполнена при поддержке НИР СПбГУ «Юридико-лингвистическая неопределенность в текстах правовых актов с учетом их коммуникативных особенностей и юридических функций» (шифр проекта 103923270).

Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Фаталиева Д.А. *Differentia specifica* правовых принципов в контексте судебной аргументации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 1. С. 85–114. DOI: 10.17323/2072-8166.2025.1.85.114

Research article

***Differentia specifica* of Legal Principles in Context of Judicial Reasoning**



Daria A. Fatalieva

Saint Petersburg State University, 7–9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russia,

d.fatalieva@spbu.ru, <https://orcid.org/0000-0002-7590-7868>



Abstract

The semantic uncertainty of legal texts is most evident in abstract normative formulations of legal principles. In order to determine the correct methodology of principles use, it is necessary to identify objective criteria that allow correctly qualifying the relevant standard as a legal principle, to identify the specifics of the application of legal principles that determine the methods of their use in judicial reasoning. The author considers theoretical discussions concerning the concept of “legal principle” from the point of view of the position of normative dualism and distinguishing principles from the related category of legal rules, as well as taking into account the differentiation of principles into types, including the isolation of the category of legal postulates mainly based on the argumentative approach to law. The author concludes that the position of “weak” distinction, which considers principles along with rules as a type of legal norms, is more

reasonable. At the same time, abstractness and semantic uncertainty as a property of legal principles themselves should be specified, since they are characteristic of any legal propositions. Legal principles initially represent open statements, which is associated with greater discretion of the law enforcer. The process of argumentation is also affected by the specificity of different types of legal principles, including their division into principles *stricto sensu*, expressing the highest values of the legal order, and principles — program norms, providing for the obligation to achieve certain goals, which implies the possibility of being implemented to a certain extent. The presence or absence of an explicit positivisation of the principle in legal texts should also be taken into account, as it affects the binding force of the principle. An important addition to the dichotomy “legal principles — legal rules” is the category of normative postulates or methodological principles, which are addressed directly to the subjects of interpretation and determine the application of other legal norms, stands out, as it highlights methodological differences in the application of legal principles as legal norms — grounds for dispute resolution — and as legal postulates determining the specifics of the application of other legal norms.



Keywords

legal principles; legal rules; normative postulates; judicial reasoning; semantic uncertainty; “weighing”; argumentative approach.

Acknowledgments: The work was carried out with the support of the Saint Petersburg State University research project “Legal and linguistic uncertainty in the texts of legal acts, taking into account their communicative features and legal functions” (project code 103923270).

The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Fatalieva D.A. (2025) *Differentia specifica* of Legal Principles in Context of Judicial Reasoning. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 1, pp. 85–114 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2025.1.85.114

Введение

Для современных подходов к толкованию права характерно преобладание реалистической модели судебной интерпретации, которая допускает наличие у судей правотворческих полномочий. Во многом пересмотр взглядов на методологию судебного толкования был обусловлен признанием семантической неопределенности правовых текстов. Формалистическая стратегия толкования отступает на второй план, а место юридического силлогизма отчасти занимает аргументированное решение спорных ситуаций в толковании правовых норм [Харт Г., 2007: 131].

Однако используемые в процессе аргументации нормативные предложения различны, часть из них изначально имеет более общий

и открытый характер [Berteau S., 2020: 1–2]. Так, правовые принципы являют частный случай «открытой текстуры» языка правовых текстов [Варламова Н.В., 2023: 146–147] и демонстрируют в отдельных случаях «максимальный уровень проявления неопределенности в праве» [Власенко Н.А., 2018: 57]. В связи с этим проблематика реалистического подхода к судебной интерпретации наиболее ярко проявляется при толковании и применении правовых принципов. Высокая степень абстрактности, неопределенность нормативного содержания, отсутствие в структуре правовых принципов гипотезы ограничивают использование традиционной формально-силлогической модели в ситуации применения правовых принципов. При этом в доктрине отсутствует общепризнанная методология толкования и применения правовых принципов в судебной аргументации [Тимошина Е.В., 2017: 255].

В силу неопределенности содержания правовых принципов, а также отсутствия единой методологии работы с ними фактически наполнение соответствующих правовых категорий определяется *ad hoc* на основании обстоятельств рассматриваемого дела. Вероятно, способом снижения свойственной правовым принципам семантической неопределенности может выступать обращение к инструментарию юридической аргументации. Последовательность аргументации, основанной на правовых принципах, и предсказуемость принимаемых судом решений, находятся в прямой взаимосвязи с последовательным установлением и дальнейшим развитием судом подходов к толкованию правовых принципов. Это в конечном счете снижает произвольность принимаемого решения о выборе варианта толкования нормы [Соболева А.К., 2001: 148].

В связи с этим становится актуальным вопрос об исследовании практикуемых субъектами толкования методов работы с правовыми принципами в контексте превалирующей в доктрине толкования реалистической стратегии и в русле специфики правовой природы принципов права. Однако первым шагом в формулировании подходов к работе с принципами является определение объективных критериев, позволяющих квалифицировать соответствующий стандарт в качестве правового принципа, а также выявление особенностей правовых принципов, которые определяют методологию судебной аргументации с использованием принципов.

Исследование правовых принципов является одним из «вечных» вопросов как теории права, так и отраслевых наук, который требует постоянного переосмысления. Со второй половины XX века теория правовых принципов и проблематика их применения становятся

предметом пристального внимания исследователей, в том числе в контексте адаптации традиционных подходов к правовому регулированию и действующих правил — к новым реалиям¹. Однако хотя принципы права² составляют классический предмет изучения теории и философии права, единое мнение в отношении указанного понятия отсутствует.

Отмечается, что отчасти причиной для разногласий в отношении понятия служит полисемантическая термина [Сивицкий В.А., 2021: 13]. «Принцип» происходит от латинского *principium* — основной, верховный. Исследователи зачастую ссылаются на словарные определения термина, согласно которым принцип является основным, исходным положением какой-либо теории, особенностью в устройстве чего-либо, внутренним убеждением (взглядом), руководящим началом действия, поведения [Сивицкий В.А., 2021: 13]; [Стоилов Я., 2024: 33–34].

В отечественной теории права распространен подход, рассматривающий принципы в качестве исходных или руководящих идей, лежащих в основе права³. Такой подход не только не предлагает объек-

¹ Так, А.В. Коновалов предполагает, что единственно верным решением оптимизации юридической практики к современным условиям является «построение системы права в соответствии с объективными правовыми принципами и неукоснительное следование им в объективном и независимом правоприменении» [Коновалов А.В., 2024: 698–699]. Н.В. Варламова отмечает, что правовые принципы позволяют, с одной стороны, сохранить общий смысл заложенного в них регулирования, включая социальное назначение конкретных прав человека или правовых институтов, а с другой — приспособлять действующие правила к различным ситуациям в свете сложности и динамизма социальных отношений [Варламова Н.В., 2023: 162].

² В доктрине предпринимаются попытки разграничения понятий «правовых принципов» как исходных идей правовой системы и «принципов права» как норм-принципов, которые объективированы в позитивном праве [Скурко Е.В., 2006: 57–58]; [Керимов Д.А., 2000: 356]. В рамках настоящей статьи понятия «правовые принципы» и «принципы права» используются в качестве синонимичных.

³ При этом избираемый подход также отражает тип правопонимания, которого придерживается исследователь, что наиболее явно прослеживается на примере противопоставления естественно-правового подхода и юридического позитивизма. С точки зрения юридического позитивизма принципы права могут рассматриваться как обобщения положений действующего законодательства, в качестве идей, которые лежат в основе позитивного права [Васьковский Е.В., 2016: 430]. Так, С.С. Алексеев определял принципы как выраженные в праве исходные нормативно-руководящие начала, характеризующие его содержание, основы, закрепленные в нем закономерности общественной жизни. Принципы пронизывают право, выявляют его содержание в виде исходных, сквозных «идей», нормативно-руководящих положений. В рамках естественно-правового подхода отмечается объективный, трансцендентальный характер правовых принципов — А.В. Коновалов рассматривает

тивных критериев для определения содержания принципов права, но игнорирует их предоставительно-обязывающий характер [Тимошина Е.В., 2017: 259], затрудняет разграничение правовых принципов и правовых ценностей — принципы превращаются в «набор благих пожеланий, адресуемых доктриной правотворческим и правоприменительным органам» [Варламова Н.В., 2023: 149]. Также понятие «правовые принципы» зачастую используется для обозначения широкого круга явлений (основные начала, максимы, постулаты, аксиомы и др.). В связи с этим один и тот же термин может объединять содержательно различные правовые категории или, напротив, обозначать одно и то же явление разными терминами.

В настоящей статье рассмотрены теоретические дискуссии о понятии «правовой принцип» как с точки зрения определения его внешних границ путем сопоставления принципов со смежной категорией правовых правил, так и в свете его разграничения на виды внутри рассматриваемого понятия, включая выделение категории правовых постулатов, для уточнения существенных признаков правовых принципов.

1. Правовые принципы как разновидность правовых норм

1.1. Нормативный дуализм

Большинство исследований, посвященных правовым принципам, так или иначе рассматривают позицию нормативного дуализма, предполагающую разграничение правовых норм (правовых правил)⁴ и правовых принципов [Avila H., 2007: 8–11]; [Atienza M., Manero J., 1998: 6–19]; [Тимошина Е.В., 2017: 256]; [Тимошина Е.В., Краевский А.А., Салмин Д.Н., 2015: 5]; [Стоилов Я., 2023: 52–54]. На практике разделение правовых принципов и правовых правил выдерживается не всегда — в частности, Международный суд ООН (далее — МС ООН) использует понятия принципа и правила применительно

принципы права как объективные нематериальные явления, которые отличаются стабильностью, не претерпевают воздействия общественных и экономических обстоятельств, являются первичными по отношению к таким обстоятельствам (процессам) и к нормам позитивного права [Коновалов А.В., 2019: 17, 253–254].

⁴ Указанное разделение наиболее явно выдерживается в англоязычной литературе, использующей термины «принципы» (principles) и «правила» (rules). В этом смысле и правовой принцип, и правовое правило выступают разными видами правовых норм, т.е. представляют собой нормы-принципы и нормы-правила, соответственно [Стоилов Я., 2023: 54].

к общим принципам права (одному из источников международного права в силу п. «с» ч. 1 ст. 38 Статута МС ООН) в качестве синонимов [Saunders I., 2021: 13]. Тем не менее именно при противопоставлении понятия «принцип» и «правило» возможно выделить *differentia specifica* правовых принципов [Стоилов Я., 2023: 58]. Кроме того, разграничение нормативных категорий позволяет облегчить задачу по их толкованию и применению, поскольку таким образом выявляются критерии каждой правовой категории и снижается бремя аргументации в связи с упрощением процесса обоснования принадлежности к правилам или к принципам, соответственно [Avila H., 2007: 30].

В зависимости от того, рассматриваются ли правовые принципы в качестве разновидности правовых норм или в качестве самостоятельного правового явления, обладающего специфическими признаками, выделяются «слабое» и «сильное» разграничение. К «слабому» разграничению относятся доктринальные позиции, в рамках которых правовые принципы отграничены от правовых норм-правил по показателю степени. Принципы — нормы права, выраженные в более общей языковой форме, они обладают большей, по сравнению с ординарными нормами (правилами), степенью абстрактности, универсальности и более широким диапазоном применения. «Сильное» разграничение предполагает существенные различия между принципами права и нормами-правилами и является качественным, поскольку относится к природе, роли, образу действия рассматриваемых правовых категорий [Стоилов Я., 2023: 52–53] и преобладает в современной доктрине [Avila H., 2007: 45–47].

Концепция нормативного дуализма и качественное разграничение принципов права и норм-правил впервые нашли развернутое теоретическое обоснование в доктрине общего права в работах Р. Дворкина. Он не отрицает, что и принципы, и правила предусматривают юридические обязанности. Однако правила (например, высказывание «максимальная разрешенная законом скорость на шоссе равна 60 милям в час») применяются по способу «все или ничего» (all-or-nothing mode), т.е. в случае действительности правового правила предусмотренные им юридические последствия наступают автоматически при соответствующих условиях. Принципы (например, «никто не может извлекать выгоду из совершенного им правонарушения») формулируют основания рассуждения в определенном направлении, но не определяют решения.

Из указанного отличия вытекает еще одно, основанное на способе применения. Принципы могут быть более или менее весомыми, что проявляется в ситуации столкновения двух конкурирующих

принципов (в качестве примера приводится конкуренция стратегии защиты покупателей автомобилей и принципа свободы заключения контрактов), когда правоприменитель оказывается вынужден оценить относительный вес каждого принципа⁵. В случае конфликта норм-правил принимается решение о том, какую норму «необходимо отбросить или изменить», в том числе с учетом применения derogationных норм [Дворкин Р., 2004: 48–51].

Теория Р. Алекси на основании идей Р. Дворкина усиливает разграничение между правовыми правилами и правовыми принципами в контексте романо-германской правовой системы [Пошер Р., 2015: 135]. Выступая сторонником современного естественно-правового подхода, Р. Алекси, как и Р. Дворкин, рассматривает различия между правилами и принципами в контексте критических аргументов против юридического позитивизма. Так, согласно Р. Алекси аргумент принципов предполагает, что даже в ситуации неопределенности позитивного права (в случае проявления открытой текстуры) судья связан правом.

Указанный аргумент основан на разграничении правил и принципов. Правила являются «определенными предписаниями» (дефинитивными командами), которые с должной степенью определенности предусматривают наступление правовых последствий при обстоятельствах, предусмотренных гипотезой. Правила могут быть как условными, так и категоричными; ключевым критерием выступает то, что правило может быть либо соблюдено, либо нет. Принципы представляют собой «предписания (требования) оптимизации», т.е. могут быть претворены в жизнь в различной степени в зависимости от фактических и правовых возможностей. При этом правовые возможности реализации правовых принципов зависят в том числе от других правовых принципов, поскольку типичной формой их реализации является достижение баланса между ними [Алекси Р., 2011: 88–89]; [Алекси Р., 2010: 208–209].

Из наиболее современных комплексных исследований правовых принципов с позицией «сильного» разграничения соотносим подход Я. Стоилова. Автор формулирует следующее определение принципа: «принцип права (норма-принцип) — это юридически утвержденная⁶ ценность / идея или сентенция, задающая направление поведения,

⁵ Как отмечает А.В. Коновалов, специфика подхода Р. Дворкина к понятию правовых принципов заключается в том, что принципы рассматриваются им скорее как «идеи», «идеальные прообразы» конкретных субъективных прав и не составляют моделей правового регулирования [Коновалов А.В., 2019: 380].

⁶ Автор имеет в виду действительность правовых принципов.

которая является ориентиром для определения соотношения между результатом поведения и идеальным положением посредством оптимизации при ее применении» [Стоилов Я., 2023: 64].

Таким образом, оба подхода к разграничению правовых принципов и правовых правил предполагают политико-правовые следствия для судей и различным образом влияют на методологию судебной аргументации. Так, в случае «слабого» разграничения при работе с принципами правоприменитель обладает большей свободой усмотрения в силу высокой степени абстрактности соответствующих норм, тогда как «сильное» разграничение особенности принципов как «требований оптимизации» предполагают обращение к «взвешиванию» для оценки веса принципов в конкретном случае [Avila H., 2007: 50].

В доктрине звучат опасения: понимание правовых принципов как требований оптимизации превращает их из универсальных правовых категорий, структурирующих правовую систему в целом, в «прагматические соображения», которые могут меняться в зависимости от текущих запросов общества, разрушают их универсальность [Тимошина Е.В., 2017: 257]; [Белов С.А., 2014: 234].

В целях критического анализа указанных позиций предполагается последовательно рассмотреть существующие критерии разграничения правовых принципов и правил, преимущественно основываясь на подходе комплексного исследования У. Авилы, поскольку ученый, с одной стороны, принимает во внимание доктринальные подходы к правовой природе принципов, а с другой стороны — методологию реалистического подхода к судебному толкованию и аргументативные практики⁷.

1.2. Возможные критерии разграничения принципов и правил

На основании обзора эволюции подходов к понятию принципа У. Авилы выделяет четыре наиболее очевидных и распространенных критерия разграничения принципов и правил.

⁷ У. Авилла рассматривает процесс интерпретации не как процесс выявления смысла толкуемого нормативного положения, но как процесс надления его значением. Акт толкования предстает в качестве реконструкции — субъект толкования интерпретирует положения правового текста таким образом, чтобы эксплицировать результат толкования, который будет соответствовать целям и ценностям, заложенным в правовой порядок. При этом субъект толкования ограничен соответствующим правовым текстом, придание обратного смысла словам и используемым словам и выражениям не допускается; в частности, невозможно толковать «временное» как «постоянное», «тридцать дней» — как «более тридцати дней», «все ресурсы» — как «некоторые ресурсы» [Avila H., 2007: 7–8].

1. Гипотетико-условный критерий (hypothetical-conditional aspect) предполагает, что правила составляют гипотезу (условие) и следствие, которые определяют решение (т.е. применяются по модели «если...то»), принципы указывают направление для поиска судьей правила, которое будет применимо в деле. У. Авила полагает, что использование особенностей лингвистической структуры для разграничения правил и принципов не является обоснованным, так как принципы могут быть сформулированы по модели «если... то». Напротив, даже если нормативное предложение является условным, субъект толкования может сделать вывод о том, что оно является принципом, поскольку на этапе толкования нормы интерпретатор осуществляет анализ связи между толкуемым нормативным положением и обусловившими его целями и ценностями [Avila H., 2007: 11–13].

Автор обращается к примерам конституционно-правовых положений в области налогового права. Так, положение, предусматривающее, что введение нового налога или увеличение налоговой ставки возможно только на основании закона, применяется в качестве правила, если субъект толкования делает акцент на поведенческом аспекте нормы и понимает ее как формальное требование, подтверждающее правомерность установления налога или увеличения налоговой ставки. Оно же понимается как принцип, если судья сосредотачивается на телеологическом аспекте, в том числе реализуя его в качестве средства достижения стабильности регулирования. Положение, предусматривающее, что при установлении нового налога или увеличения налоговой ставки соответствующие изменения вступают в силу только с начала нового налогового года, применяется, как правило, если субъект толкования понимает его как требование опубликования закона до начала нового налогового года, и как принцип, если его применение связано с целью достижения предсказуемости регулирования.

По мнению У. Авилы, классификация нормы в качестве принципа или в качестве правила зависит от того, как она используется в процессе аргументации, а не от наличия условия в лингвистической структуре. Вероятно, указанный тезис основан на подходе ученого к толкованию, который соотносится с реалистическим стилем, — поскольку правовая норма создается субъектом в процессе интерпретации, до акта толкования невозможно определить, содержит ли нормативное положение правило или принцип — указанная квалификация зависит от ценностных связей, создаваемых в процессе интерпретации [Avila H., 2007: 7–8, 13–14].

Таким образом, с позицией У. Авила можно согласиться лишь частично. Так, спорным является тезис, что принцип может быть переформулирован в правило — приведенные примеры справедливо критикуются не как подтверждающие такую возможность, но фактически демонстрирующие конкретизацию принципа в соответствующих правилах при их истолковании [Варламова Н.В., 2023: 166–167].

Вместе с тем лингвистическая структура любой правовой нормы, как правила, так и принципа, действительно зависит от избранного способа фиксации ее содержания в соответствующем правовом тексте и может быть изложена по модели «если...то» путем логической реконструкции соответствующего правового предложения. При этом специфическим признаком правовой нормы выступает не указанная лингвистическая структура, а предоставительно-обязывающий характер, определяющий поведение субъектов права — адресатов правовой нормы.

В этом смысле также не выдерживает критики еще один критерий разграничения правил и принципов, основанный на отсутствии в логической структуре принципов модальных операторов «вправе», «обязан», «запрещено», характерных для структуры классических норм-правил [Стоилов Я., 2023: 52]. В качестве наиболее очевидного примера, опровергающего указанный выше тезис, приводятся нормы о правах человека [Тимошина Е.В., 2017: 258] — «[к]аждый имеет право на жизнь» (ч. 1 ст. 20 Конституции Российской Федерации), «[н]икто не должен подвергаться пыткам» [...] (ч. 2 ст. 21 Конституции), «[к]аждый имеет право на неприкосновенность частной жизни» (ч. 1 ст. 23 Конституции).

2. Конечный способ применения (*final mode of application*) указывает на применение правил по модели «все или ничего», в то время как принципы применяются «в большей или меньшей» степени, что наиболее явно прослеживается в позиции «сильного» разграничения.

С одной стороны, данный критерий не подтверждается на практике, поскольку правила могут быть применимы по модели «все или ничего» только если не возникает вопросов к действительности нормы-правила, ее значению, соотношению фактических обстоятельств с их описанием в правиле. Применение правил также предполагает предварительное толкование, хотя процесс интерпретации может быть менее сложным по сравнению с толкованием принципов [Avila H., 2007: 14–17]. Любая норма права может потребовать конкретизации [Пошер Р., 2015: 157], разница заключается в том, что принципы изначально обладают большей степенью абстрактности по сравнению с правилами [Тимошина Е.В., 2017: 257].

С другой стороны, спорно выделение в качестве свойства принципа возможности его реализации в определенной степени. Так, хотя отдельные принципы могут быть сконструированы в качестве требований оптимизации, процедуре взвешивания не могут быть подвергнуты все существующие правовые принципы, значит, указанный критерий необоснованно сужает понятие принципа. Среди наиболее ярких примеров — принципы равенства, добросовестности, уважения достоинства человека, применительно к которым трудно говорить о возможности сравнительного взвешивания [Тимошина Е.В., 2017: 259–260].

Кроме того, как говорит А.В. Коновалов о концепции Р. Дворкина, методология воздействия как критерий разграничения правил и принципов — лишь производный признак [Коновалов А.В., 2018: 251] и, соответственно, не может выступать объективным критерием разграничения.

3. Критерий нормативного отношения (способ разрешения конкуренции) логически следует из предыдущего и основан на способах разрешения коллизии между правилами и между принципами. Противоречие между правилами — истинный конфликт, который может быть разрешен путем объявления одного из правил дерогированным или создания исключений. В то же время конфликт между принципами может быть разрешен с помощью методологии взвешивания, при применении которой каждому из принципов придается определенный вес [Avila H., 2007: 19–20]. Указанный критерий, в частности, поддерживает Я. Стоилов, отмечающий, что противоречия между принципами носят содержательный характер и могут быть разрешены посредством аргументативной техники, в то время как противоречия между правилами формальны и снимаются путем выбора одного из альтернативных решений. В этом смысле обеспечение определенности правового регулирования является функцией правил [Стоилов Я., 2023: 61–62].

Однако более убедительны доводы в поддержку отрицания объективности указанного критерия. С одной стороны, взвешивание не является единственным методом применения принципов⁸. С другой, «взвешивание» в определенном смысле применимо как к принци-

⁸ Так, Е.В. Тимошина, А.А. Краевский и Д.Н. Салмин предлагают разрешение коллизий между правовыми принципами, в том числе между правами человека с использованием традиционной методологии преодоления противоречия между правовыми нормами — дерогации одной из норм или в непротиворечивом истолковании норм с учетом специфики конкуренции прав человека [Тимошина Е.В., Краевский А.А., Салмин Д.Н., 2015: 4–34].

пам, так и к правилам, поскольку переход от правовых положений, выраженных в источниках права, к всеобъемлющим юридическим обязательствам, требованиям и т.д. предполагает оценочную интерпретацию, т. е. взвешивание и балансирование. В данном случае отличие позиции Р. Алекси (рассматривающего принципы как требования оптимизации) от позиции, в частности, А. Аарнио (согласно которой методология взвешивания не является составляющей частью принципа, но является отдельной мета-нормой⁹ технического характера), заключается в том, находится ли требование взвешивания, сопровождающее принцип, «внутри» или «вне» содержания последнего [Peczenik A., 2009: 63–64, 66].

«Взвешивание» аргументов неразрывно связано с процессом толкования. В особенности это проявляется при определении границ значения семантически открытых предложений или концепций (верховенство права, определенность права, демократия и др.). Принятие решения об ограничительном или расширительном толковании правила тоже предполагает оценку аргументов и контраргументов, поскольку для применения исключения требуется наличие противоположной причины, которая аксиологически перевесит основание применения правила. И правила, и принципы применяются так, чтобы реализовать их в максимальной степени [Avila H., 2007: 20–24, 26–28]. Иными словами, «измерением веса» обладают не правовые принципы, а те аргументы, которые используются для обоснования их применения.

4. Критерий аксиологического (ценностного) основания указывает на наличие у принципов ценностного (аксиологического) содержания. Принципы, в отличие от правил, рассматриваются как аксиологические основания для принимаемого решения.

Отмечается, что аксиологическая природа правовых принципов нередко влечет за собой непоследовательное разграничение правовых принципов, обладающих нормативностью, и правовых ценностей [Варламова Н.В., 2023: 148]. Если принципы находятся на деонтологическом уровне и указывают на необходимые модели поведения, то ценности находятся на аксиологическом (телеологическом) уровне и присваивают положительную характеристику конкретным элементам [Avila H., 2007:11,41]. Ценности выступают прообразом принципов, предпосылкой для их возникновения и получают правовое содержание посредством преобразования в пра-

⁹ У. Авила также рассматривает требование соразмерности не как принцип, но как нормативный постулат, представляющий собой мета-норму.

новые принципы [Стоилов Я., 2023: 41–44]; [Коновалов А.В., 2024: 158–159]. Соответственно, ценности и идеи приобретают правовое значение и интегрируются в право через правовые принципы.

1.3. Специфика правовых принципов

Обзор возможных критериев демонстрирует, что аргументы в пользу «сильного» разграничения менее убедительны. В свою очередь, позиция «слабого» разграничения более обоснована, поскольку как правила, так и принципы сущностно являются правовыми нормами и отличаются друг от друга по показателю степени, но не качества. Однако «показатель степени» (более общая языковая форма, высокая степень абстрактности, универсальности и всеохватности) требует конкретизации, так как фактически является только вторичным признаком, являясь следствием специфики правовых принципов.

Как было рассмотрено выше, лингвистическая структура нормативного предложения, с помощью которого выражен правовой принцип, не выступает объективным классификационным критерием, поскольку не подтверждается эмпирически — структура принципа зависит в том числе от способа его использования в аргументации субъектом толкования. Соответственно в первую очередь особенности правовых принципов проявляются в специфике их содержания.

У. Авила усматривает такие особенности в нормативно-описательной природе правовых принципов: если правила указывают на конкретизированные объекты (субъекты права, модели поведения, источники права и др.), то принципы описывают идеальное положение вещей, состояние, которое должно быть достигнуто [Avila H., 2007: 44]. Однако как и в случае с применимостью методологии взвешивания, указанный критерий не универсален, поскольку применим не ко всем правовым принципам, а также является релевантным в отношении отдельных правовых правил.

С точки зрения приверженцев аргументативного подхода¹⁰ и авторов теории правовых высказываний М. Атиензы и Х.Р. Манеро достижение определенного состояния, идеального положения вещей может быть характерно как для принципов, так и для правил, в зависимости от того, предполагают ли они нормативную квалифика-

¹⁰ Аргументативная теория рассматривает право с точки зрения аргументативной деятельности, объединяющей различные формы языковой практики (логику, риторику, диалектику и другие), право рождается в контексте дискуссии о том, что является правовым и справедливым [Антонов М.В., 2010: 232].

цию определенного поведения (т.е. являются правилами действия) или направлены на квалификацию определенного состояния (т.е. составляют конечные правила). Принципы, в свою очередь, также могут совпадать по структурному признаку с правилами действия и конечными правилами.

Авторы признают, что отчасти классификация умозрительна, зависит от избранных законодательных формулировок и, как правило, не влечет практически значимых последствий. Актуальность различия проявляется в тех случаях, когда нормативное положение, предусматривающее в качестве обязанности достижение состояния (конечное правило), оставляет выбор соответствующих средств на усмотрение адресата правовой нормы, в случае же с правилами действия свобода усмотрения отсутствует. В качестве примера приводится положение Гражданского кодекса Испании (далее — ГК), согласно которому при принятии заявления о расторжении брака и отсутствия соглашения между сторонами судья должен, среди прочего, «определить вклад каждого из супругов в тяготы брака [...] установить основания для расчета величин, а также установить гарантии, депозиты, резервы или другие необходимые меры предосторожности, чтобы обеспечить достаточность соответствующих сумм, которые один из супругов должен выплатить другому». Судье предписывается добиться положения, при котором будет гарантирована достаточность выплаченных сумм при том, что перечень средств для его достижения открыт.

В чем же тогда заключается различие между правилами и принципами? В отличие от правил, которые представляют собой закрытые высказывания, т.е. содержат закрытый перечень признаков тех фактических ситуаций, к которым они применимы, правовые принципы выражены открытыми высказываниями. Для иллюстрации данного тезиса приводится следующая пара примеров. Упомянутая выше ст. 14 Конституции Испании содержит принцип: «[и]спанцы равны перед законом и не могут подвергаться какой-либо дискриминации по признаку рождения, расы, пола, религии, убеждений или любых других личных или социальных условий или обстоятельств». Примером правила выступает ст. 28 Статута трудящихся Испании: «[р]аботодатели должны платить равную зарплату — как основную, так и дополнительную — за равный труд без дискриминации по признаку пола»). Авторы отмечают, что неопределенность, характерная для принципов, проявляется в первом случае в открытости условий их применения (дискриминация запрещена в любых ситуациях), тогда как условия применения второго положения (правила) являются за-

крытыми (запрещена дискриминация по признаку пола при определении размера заработной платы) [Atienza M., Manero J., 1998: 7–10].

При этом семантическая неопределенность сама по себе не влияет на квалификацию нормативного предложения в качестве принципа или правила, поскольку она может проявиться в любых нормативных предложениях (например, может ли данная деятельность рассматриваться в качестве «труда») — неопределенность как свойство естественного языка, предполагающее отсутствие у языковых выражений информации, достаточной для точного установления их содержания, в целом присуща правовым текстам [Блинова О.В., Белов С.А., 2020: 777–779]. Ключевыми являются основания для возникновения неопределенности. В случае с правилами «закрытая» форма соответствующих нормативных высказываний не препятствует открытой текстуре языка, с помощью которого они сформулированы — неопределенность проявляется на этапе соотнесения индивидуального случая с общим описанием (как указывают сами авторы, речь идет о пробеле в распознавании в терминологии Е.В. Булыгина и К. Альчуррона).

Также критерием разграничения правил и принципов выступают основания их обязывающей силы. С точки зрения теории правовых высказываний действительность правила не зависит от его содержания (content-independent) в том смысле, что при соответствующих условиях правило подлежит применению не в силу его ценностного содержания, но в связи с тем, что его источником выступает принятый в установленном порядке нормативный правовой акт. Если принцип закреплен в правовом тексте, основанием его действительности также является наличие нормативного источника (т.е. обязательность принципа не зависит от его содержания), однако принцип не является категоричным (peremptory), поскольку не исключает усмотрения суда в отношении содержания принимаемого решения [Atienza M., Manero J., 1998: 12–13, 29].

Поскольку принципы определяют цель (например, защиту свободы слова), но не определяют способов ее достижения, они остаются на усмотрении субъекта толкования (судьи). Применение принципов позволяет произвести оценку моральных оснований норм, поиска средств, являющихся уместными, необходимыми и пропорциональными для реализации предполагаемых принципом целей. У правовых принципов, которые эксплицитно не закреплены в правовых текстах, отсутствуют оба характерных для правил свойства — они включаются в аргументацию правоприменителя в связи с определенными качествами их содержания, которые выступают основаниями их обязывающей силы.

Наконец, правила отличаются от принципов в зависимости от вклада в решение правовой проблемы, иными словами, правовые принципы и правовые правила различным образом проявляются в судебной аргументации. Правила являются решающими, их цель — указать на возможное решение известной или предполагаемой проблемы. Принципы являются дополнительными, так как они содержат причины, которые должны быть приняты во внимание при принятии решения [Avila H., 2007: 14. 44, 58]. Вместе с тем сфера применения принципов в аргументации шире, они могут быть использованы в большем количестве случаев [Atienza M., Manero J., 1998: 21–22].

Правовые принципы обеспечивают нахождение наиболее легитимного ответа на вопрос, что особенно проявляется в «сложных» делах. В этом смысле принципы могут быть использованы в качестве нормативных оснований для вынесения решения в ситуации отсутствия законодательно установленных норм-правил или, напротив, для обоснования неприменимости правил в ситуации их противоречия правовым принципам [Касаткин С.Н., 2018: 10–11].

2. Дифференциация правовых принципов

2.1. Виды правовых принципов

Поскольку понятие правового принципа многоаспектно и охватывает различные виды, для полноты исследования необходимо также рассмотреть возможную классификацию внутри понятия правового принципа, чтобы дополнить и конкретизировать особенности, выявленные при противопоставлении принципов правилам.

Данная задача весьма затруднительна: в связи с многообразием правовых принципов и подходов к их определению часть исследователей отрицает возможность познать все принципы права. Так, Дж. Стельмах и Б. Брожек придерживаются широкого подхода к понятию правовых принципов, рассматривая в качестве принципа любое общее положение о праве, включенное в правовую традицию и получившее всеобщее признание. В связи с этим существуют правовые принципы, которые непосредственно выражены в положениях действующего позитивного права; правовые принципы, которые опираются на традицию со времен римского права и признаются юристами как действующие; правовые принципы, которые изредка появляются в правовом дискурсе. Соответственно, авторы отрицают возможность составить единый каталог (кодекс) таких принци-

пов [Stelmach J., Brozek B., 2006: 160–161]. М. ван Хук, напротив, поддерживает тезис об ограниченности круга правовых принципов [Ван Хук М., 2012: 216].

Рациональный подход к внутреннему разграничению правовых принципов предлагается авторами теории правовых высказываний. В первую очередь М. Атиенза и Х. Манеро перечисляют шесть наиболее распространенных в доктрине значений, соотносимых с понятием «принципы», хотя и не придерживаются указанной классификации: (1) нормы общего характера, направленные на регулирование широкого перечня случаев без специфических признаков (в качестве примера цитируется ст. 1091 ГК Испании — «[о]бязательства, возникающие из договоров, имеют юридическую силу между сторонами и должны исполняться в соответствии с их условиями»); (2) нормы, формулировки которых включают абстрактные (*vague*) термины («[з]акон не защищает злоупотребление или антиобщественное использование права» (ч. 2 ст. 7 ГК)); (3) программные нормы или политики («[г]осударственная власть должна гарантировать защиту потребителей и пользователей, защищая их безопасность, здоровье и законные экономические интересы» (ст. 51.1 Конституции Испании)); (4) нормы, выражающие высшие ценности правового порядка, его части или правового института («[в]се испанцы равны перед законом; дискриминация по признаку рождения, расы, пола, религии, убеждений или любых других условий, личных или социальных обстоятельств запрещается» (ст. 14 Конституции)); (5) нормы, адресованные правоприменительным органам и указывающие, каким образом необходимо выбирать и толковать применимую норму («[у]головные законы, законы, предусматривающие исключения и законы, предусматривающие ограничения их действия во времени, не должны применяться к иным фактам или иным временным промежуткам, кроме тех, которые прямо указаны в них» (ч. 2 ст. 4 ГК)); (6) предложения или максимы высокой степени обобщения, позволяющие систематизировать правопорядок или его сектор (например, принцип рационального законодателя) [Atienza M., Manero J., 1998: 3–4].

Отталкиваясь от приведенного перечня вариативных значений, которые соотносятся в доктрине с термином «принцип», М. Атиенза и Х. Манеро предлагают трехчастную классификацию, которая является, с их точки зрения, исчерпывающей (т.е. охватывает все возможные виды правовых принципов), и исключающей (содержание выявленных видов не должно пересекаться между собой). В первую очередь отмечается, что открытый характер или абстрактность тер-

минов сами по себе не являются достаточными основаниями для квалификации нормы в качестве правового принципа (свойство неопределенности присуще принципам как вторичный признак). По этой причине выделять в качестве принципов нормы общего характера или нормы, формулировки которых включают абстрактные термины, некорректно.

Исчерпывающим выступает деление принципов на нормы, выражающие высшие ценности (правовые принципы в строгом значении) и программные нормы или политики (нормы, предусматривающие обязанность достижения определенных целей). Одно и то же нормативное предложение может выступать как правовым принципом в строгом значении, так и программной нормой в зависимости от контекста аргументации. Указанные в перечне два оставшихся значения принципов — как нормы, адресованной правоприменителям и устанавливающей правила выбора и толкования нормативных предложений¹¹, и как максимы, выступающей способом обобщения правопорядка, — также излишни, поскольку (при наличии соответствующих признаков) могут быть соотнесены либо с принципами *stricto sensu*, либо с программными нормами.

Практическим последствием разграничения выступает различие в соблюдении предписываемого принципами *stricto sensu* и программными нормами. В первом случае, как только принцип определяется как применимый в данной ситуации, его адресат выполняет действия, предусмотренные принципом. В случае с программной нормой адресату необходимо обдумать адекватность своего поведения (используемых средств) с точки зрения преследуемой цели, а также в свете других целей, достижение которых также предписано и на которые использование этих средств может оказать негативное влияние. При определении правомерности поведения в соответствии с программной нормой необходимо учитывать наличие свободы усмотрения в отношении выбора соответствующих средств [Atienza M., Manero J., 1998: 5].

Интересны рассуждения ученых о том, что тезис о возможности реализации принципа в определенной степени справедлив только по отношению к принципам — программным нормам. Действия, направленные на достижение конституционно предписанной цели (например, снижение стоимости ипотеки как средство, облегчающее обеспечение граждан достойным жильем, — цель, предусмотренная

¹¹ Как будет рассмотрено ниже, в доктрине соответствующие нормы также выделяются в обособленную категорию правовых постулатов

ст. 47 Конституции Испании) в максимально возможной мере, могут иметь негативные последствия для других целей, также закрепленных Конституцией (например, для экономической стабильности, как предусмотрено ст. 40 Конституции). Кроме того, во многих случаях такие конституционные цели взаимосвязаны — ослабление экономической стабильности может иметь негативные последствия для доступа к жилью или для социального обеспечения. Таким образом, программные нормы направлены на обеспечение максимально возможной степени совместной реализации всех целей [Atienza M., Manero J., 1998: 11–12].

Вторая классификация основана на том, в рамках какой системы действует принцип или программная норма — «первичной» системы (системы субъекта), т.е. как принцип, регулирующий поведение субъектов права, или «вторичной» системы (системы судьи), т.е. в качестве принципа, адресованного правоприменителю. Авторы уточняют, что указанное разграничение не является исключительным в том смысле, что правовые принципы, действующие в рамках «первичной» системы, в любом случае распространяются на всех субъектов права, как минимум, в качестве критериев оценки правомерности деятельности правоприменительных органов. В то же время возможно выявить принципы, адресатом которых выступает исключительно правоприменитель [Atienza M., Manero J., 1998: 5–6]. В целом данная классификация не является специфической для правовых принципов и носит в большей степени методологический характер.

Третьим и последним классификационным критерием выступает позиционирование правовых принципов или особенности их закрепления в правовом порядке. Для принципов не всегда обязательна формальная фиксация в писаных источниках позитивного права [Стоилов Я., 2023: 52]. Правовые же правила обладают действительностью постольку, поскольку они приняты в установленном порядке (содержатся в соответствующем нормативном акте или решении суда), в то время как принцип обосновывается на основании юридической практики и других принципов [Дворкин Р., 2004: 63].

Различаются эксплицитные принципы, которые прямо закреплены в позитивном праве, и имплицитные принципы, содержание которых выводится из других нормативных предложений [Atienza M., Manero J., 1998: 6]. Разграничение принципов на основании указанного критерия распространено в доктрине. Отмечается, что различие способов позитивации правовых принципов обусловлено их надпозитивным характером [Варламова Н.В., 2023: 153]. При этом правовые принципы в любом случае «растворены» в положениях

правовых текстов и выявляются в процессе их толкования [Коновалов А.В., 2024: 127–129].

Характеристика правового принципа в качестве эксплицитного или имплицитного влияет на его роль в аргументации. Так, А. Аарнио отмечает, что наличие у правового принципа институциональной поддержки в позитивных источниках права увеличивает степень убедительности аргументации при их использовании. Строго обязательными являются эксплицитно закрепленные принципы (классический пример — закрепление прав человека в конституции). Если правовой принцип не закреплен в нормативных правовых актах, он может приобрести более слабую обязывающую силу путем его признания в правовой системе, например, через судебную практику. При этом зачастую правовой принцип может быть признан имплицитно, в частности, «спрятан» за другими аргументами даже, если решающее значение имеет именно принцип. К таким принципам, которые используются на практике, относят, в частности, «*pacta sunt servanda*»¹², «никто не может извлечь выгоду из собственных проступков», «наследник не может иметь больше прав, чем умерший» или «*falsa demonstratio non nocet*» (применение правового текста согласно его смыслу когда есть основания полагать, что в текст вкралась ошибка) [Aarnio A., 2011: 162–163].

М. ван Хук также разграничивает эксплицитно сформулированные в позитивном праве принципы и «неписанные правовые принципы», применимые для заполнения пробелов в праве или для «корректировки» позитивного права. Вторая группа принципов представлена структурными принципами — скрытыми аксиомами логической структуры правовой системы (одной из ее отраслей), имеющими более широкую сферу применения, и идеологическими принципами, которые не имеют институциональной поддержки в виде закрепления актами позитивного права. Идеологические принципы обычно применяются для ограничения использования некоторых правил, которые считаются необоснованными, неразумными, неприменимыми, но только в случае явного несоответствия общепринятому моральному или политическому принципу.

Таким образом, структурные принципы применяются, как правило, *praeter legem* (помимо закона), тогда как идеологические принципы — *contra legem* (против закона). При этом идеологические прин-

¹² Однако необходимо помнить о контексте применения соответствующего принципа. Так, применительно к международному публичному праву принцип *pacta sunt servanda* относится к первому случаю, поскольку закреплен в ст. 26 Венской конвенции о праве международных договоров (1969).

ципы приобретают легитимность в качестве правовых принципов в силу двух условий: использование ссылок на идеологические принципы в рамках ограниченного судебного усмотрения при корректировке первоначальных правил и получение институциональной поддержки путем широкого общественного согласия или согласия среди юристов [Ван Хук М., 2012: 217, 220–222, 231].

2.2. Правовые постулаты (мета-нормы)

Еще одним значимым аспектом дифференциации правовых принципов является соотношение правовых принципов с правовыми постулатами. В отличие от разграничения правовых принципов и правовых правил, вопрос отграничения правовых принципов от постулатов является доктринально менее изученным. Существование постулатов обусловлено юридическим дискурсом — методика юридического обоснования основывается на требованиях, которые зачастую также именуется принципами, хотя сущностно от них отличаются, поскольку являются стандартами определения правового содержания [Стоилов Я., 2023: 65, 71].

Соответственно постулаты — методологические нормы, определяющие критерии применения иных норм. У. Авила характеризует их как мета-нормы, поскольку они являются «нормами о нормах» и существуют на вторичном уровне. При этом они отличаются от высших принципов права, таких как верховенство права или правовая определенность, поскольку высшие принципы права являются семантически и аксиологически вышестоящими нормами и с точки зрения системы права представляют собой объект применения. Мета-нормы выступают методологически вышестоящими нормами, расположенными на мета-уровне применения соответствующих норм. У. Авила отличает и принципы, и правила (нормы) от постулатов (мета-норм), поскольку они определяют применение норм, адресованы непосредственно субъектам толкования и правоприменителям. Правовые постулаты носят методологический, а не целевой характер, не могут быть реализованы в большей или меньшей степени, не обладают свойством высокой степени абстрактности, но предлагают критерии для применения иных правовых категорий.

У. Авила выделяет герменевтические и прикладные постулаты. Герменевтические постулаты необходимы для внутреннего понимания правопорядка, на основании которого принимается решение о выборе необходимой альтернативы применения толкуемой правовой нормы. Одним из ключевых герменевтических постулатов

является постулат единства правового порядка, предполагающий обязанность в процессе толкования соотносить интерпретируемую правовую норму с иными действующими правовыми нормами, постулат иерархичности правового порядка, постулат согласованности правового порядка [Avila H., 2007: 83–91]. Постулаты указанного вида обладают исключительно когнитивным значением, направлены на понимание системы права и ее функционирования.

Прикладные постулаты используются для решения возникающих при применении правовых норм вопросов, т.е. используются для толкования и обоснования правовых решений [Стоилов Я., 2023: 73]. С прикладными постулатами совпадает категория методологических принципов, выделяемая А.В. Коноваловым. Последние раскрывают способы достижения задач, выраженных в субстантивных принципах. Так, в качестве общеправовых методологических принципов выделяются принцип законности, легитимность и авторитет правопорядка, универсальность, единообразие и целесообразность (экономичность) правоприменения, недопустимость извлечения прибыли и иных преимуществ из незаконного, противоправного, недобросовестного поведения [Коновалов А.В., 2024: 292, 248]. У. Авила характеризует постулат соразмерности (пропорциональности) и разумности в качестве основных прикладных нормативных постулатов.

Некоторые постулаты не включают элементы, применимость других постулатов зависит от определенных условий. Так, постулат равенства означает применение закона к субъектам с учетом критерия различия и цели различия, а также совпадения такого критерия с установленной целью. Постулат разумности применяется как руководство, учитывающее индивидуальные обстоятельства при применении общих норм, а также соответствия между правовыми нормами и внеправовым контекстом, предпринятой мерой и целью, которую она должна достичь. Постулат соразмерности (пропорциональности) применим к случаям, когда существует причинно-следственная связь между средством (принимаемой мерой) и результатом (целью принимаемой меры). Требование реализации нескольких целей, каждая из которых конституционно легитимна, предполагает принятие мер, соответствующих критериям уместности, необходимости и пропорциональности в узком смысле слова [Avila H., 2007: 91–94, 134].

«Пропорциональность» ярко иллюстрирует проблематику квалификации определенной правовой категории в качестве принципа или постулата. Так, пропорциональность характеризуется в качестве

принципа [Шлинк Б., 2012: 56–76]; [Троицкая А.А., 2015: 45–69], в том числе общего принципа права [Должиков А.В., 2022: 108–148], методики (правового постулата в классификации У. Авила) [Белов С.А., 2016: 63–75] или «технического правила», предполагающего необходимость осуществления взвешивания [Peczenik A., 2009: 63–64]. На практике затруднительно произвести разграничение правовых принципов и правовых постулатов, особенно в случае, если правовые принципы используются в качестве средства юридического обоснования. Определенные правовые постулаты могут быть трансформированы в правовые принципы в судебной практике или путем законодательного закрепления, что очевидно, например, в случае с принципом/постулатом равенства. Исследователи отмечают, что при этом рассматриваемые правовые категории не перестают быть постулатами, но функционируют в качестве принципов [Стоилов Я., 2023: 74].

Таким образом, в широком смысле понятие правовых принципов также охватывает правовые постулаты. Вероятно, исходя из рассмотренной выше трехчастной классификации правовые постулаты соотносимы с принципами вторичной системы, поскольку адресованы правоприменителю.

Вместе с тем независимо от используемого термина (постулат/методологический принцип) рассмотренное разграничение имеет практические следствия для судебной аргументации. Во-первых, оно отражает различия в методологии. Работа с принципами предполагает максимально точное определение его содержания исходя из положений правового текста (например, конституции) во взаимосвязи с иными правовыми принципами и нормативными предложениями, конкретизирующими цели принципа и ограничивающие сферу его применения, а также анализ судебной практики для выявления критериев, определяющих, какие правовые блага составляют идеальное положение вещей и какие модели поведения считаются необходимыми для его достижений. Методика работы с постулатами, напротив, начинается с изучения судебных решений, в которых был применен соответствующий постулат для выявления использованных элементов и связей между ними и в том числе для определения того, основой применения каких норм выступает рассматриваемый постулат [Avila H., 2007: 50–52, 96–98].

Во-вторых, специфика правовых постулатов предопределяет модель их использования в судебной аргументации — постулаты (методологические принципы) не применяются непосредственно, но используются в процессе толкования норм, в том числе выступают

инструментом реконструкции правовых норм из правовых текстов, очерчивают границы применения других принципов и правил, производят оценку моральных оснований норм, поиска средств, которые уместны, необходимы и пропорциональны для реализации целей, поставленных при принятии принципов.

Заключение

В теории правовых принципов отсутствует консенсус насчет понятия правовых принципов, хотя его определение необходимо с целью квалификации соответствующих правовых категорий в качестве принципов права и для дальнейшего определения корректной методологии толкования и применения принципов в свете специфики их использования в процессе аргументации.

В доктрине распространена позиция нормативного дуализма, предполагающая разграничение правовых правил и правовых принципов. «Слабое» разграничение разделяет правовые принципы и правовые правила по показателю степени (более общая языковая форма, большая степень абстрактности, универсальности, более широкий диапазон применения), «сильное» разграничение предполагает существенные (качественные) различия в правовой природе и образе действия правовых принципов. Каждый подход влечет политико-правовые следствия для судей и различным образом влияет на методологию судебной аргументации. В первом случае проявляется большая свобода усмотрения правоприменителя в силу высокой степени абстрактности соответствующих норм, тогда как «сильное» разграничение связывает специфику правовых принципов с использованием «взвешивания» и определением их веса при применении.

Обзор возможных критериев демонстрирует большую состоятельность позиции «слабого» разграничения — самыми противоречивыми критериями для разграничения правил и принципов выступает лингвистическая структура нормативного предложения, выражающего принцип, а также приписываемая принципам в качестве их имманентного свойства возможность быть реализованными в большей или меньшей степени и подлежать оптимизации. С точки зрения разграничения принципов и правил по показателю степени как правила, так и принципы сущностно являются правовыми нормами, обладающими предостаточно-обязывающим характером. Это значит, что способы применения принципов не ограничены взвешиванием, которое в равной степени применимо к толкованию правил в «сложных» делах (памятуя, что «взвешиваются» не соот-

ветствующие правовые стандарты, а аргументы, обосновывающие их применение), и не исключают полностью традиционные методы толкования.

При этом методология толкования и применения правовых принципов должна принимать во внимание особенности правовых принципов. В первую очередь абстрактность и семантическая неопределенность правовых принципов требуют дополнительной конкретизации, поскольку они характерны для любых правовых предложений в силу особенностей языка правовых текстов. Однако правовые принципы в отличие от правил изначально являются открытыми высказываниями и не содержат признаков обстоятельств, к которым они применимы, из чего следует большая степень усмотрения адресата правовой нормы, включая правоприменителя. Процесс аргументации усложняется, поскольку принципы не содержат всех детерминирующих признаков до акта толкования и применения.

Кроме того, специфика правовых принципов, оказывающая влияние на их место в судебной аргументации, проявляется внутри категории правовых принципов. Так, М. Атиенза и Х. Манеро предлагают разграничивать принципы *stricto sensu*, выражающие высшие ценности, и принципы — программные нормы, предусматривающие обязанность достижения определенных целей. Применение принципов — программных норм предполагает оценку правоприменителем адекватности используемых средств, и в связи с этим указанный вид принципов действительно может реализовываться в большей или меньшей степени в рамках целей, предусмотренных иными программными нормами.

Также процесс аргументации с использованием правового принципа зависит от его эксплицитного позиционирования в соответствующем правовом тексте — при отсутствии последней принцип имеет более слабую обязывающую силу, но тем не менее может быть применен путем его признания, в том числе посредством судебной практики.

Наконец, значимым аспектом дифференциации правовых принципов и дополнением дихотомии «правовые принципы — правовые правила», выступает подробно изученная У. Авиллой категория правовых постулатов (методологических принципов) — мета-норм, адресованных непосредственно субъектам толкования и определяющих применение других правовых норм. Разграничение между понятиями является размытым и не всегда выдерживается на практике (например, в случае с принципом/постулатом равенства). Однако выделение данной категории позволяет проследить методологические различия в способах работы с принципами и с постулатами и

определяет модель их использования в правовой аргументации. Для принципов (субстантивных принципов в терминологии А.В. Коновалова) характерно непосредственное применение в качестве нормативных оснований в сложных делах, например, в ситуации правового пробела или при обосновании неприменимости правил в случае их противоречия правовым принципам. В то же время правовые постулаты (методологические принципы) используются при толковании норм, определяя специфику их применения.



Список источников

1. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М.: Инфотропик Медиа, 2011. 192 с.
2. Алекси Р. Формула веса // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 208–229.
3. Антонов М.В. Эксклюзивный позитивизм и аргументативная теория права: к полемике между Е.В. Булыгиным и М. Атиензой // Правоведение. 2010. № 1. С. 224–235.
4. Белов С.А. Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность // Петербургский юрист. 2016. № 1. С. 63–75.
5. Белов С.А. Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве? // Правоведение. 2014. № 5. С. 224–236.
6. Блинова О.В., Белов С.А. Языковая неоднозначность и неопределенность в русских правовых текстах // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2020. № 4. С. 774–812.
7. Васьковский Е.В. Теория толкования гражданского права. Очерк методологии цивилистической догматики / Васьковский Е.В. Избранные работы польского периода. М.: Статут, 2016. С. 236–517.
8. Ван Хук М. Право как коммуникация. СПб.: Издательский дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2012. 288 с.
9. Варламова Н.В. Права человека как принципы права // Сравнительное конституционное обозрение. 2023. № 6. С. 146–171.
10. Власенко Н.А. Методологическая результативность исследования определенности права. В кн.: Определенность и неопределенность права как парные категории: проблемы теории и практики. Материалы XII международной конференции. М.: РГУП. 2018. Ч. I. С. 51–62.
11. Дворкин Р. О правах всерьез. М.: Российская политическая энциклопедия, 2004. 392 с.
12. Должиков А.В. Соразмерность как общеправовой принцип в конституционном правосудии России (на примере основных социальных прав): дис. ... д.ю.н. СПб., 2022. 1112 с.
13. Касаткин С.Н. Учение о правовых принципах и критика позитивизма в работах «раннего» Р. Дворкина // Вестник Самарской гуманитарной академии. 2018. № 1. С. 3–22.

14. Керимов Д.А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М.: Современная гуманитарная академия, 2000. 559 с.
15. Коновалов А.В. Понятие принципов права в англосаксонской научной доктрине // Вестник гражданского права. 2018. № 3. С. 238–260.
16. Коновалов А.В. Принципы гражданского права: методологические и практические аспекты исследования: дис. ... д.ю.н. М., 2019. 1161 с.
17. Коновалов А.В. Принципы права. М.: Норма, 2024. 792 с.
18. Пошер Р. Теория призрака — безрезультатный поиск теорией принципов своего предмета // Правоведение. 2015. № 5. С. 134–157.
19. Сивицкий В.А. Принципы правового регулирования в структуре федерального закона. М.: Юстицинформ, 2021. 232 с.
20. Скурко Е.В. Правовые принципы в правовой системе, системе права и системе законодательства // Правоведение. 2006. № 2. С. 55–61.
21. Соболева А.К. Топическая юриспруденция. М.: Добросвет, 2001. 225 с.
22. Стоилов Я. Принципы права: понятие и применение. М.: Проспект, 2023. 312 с.
23. Тимошина Е.В. Нормы-правила и нормы-принципы: последствия нормативного дуализма для методологии судебного толкования / Современные подходы к пониманию права и их влияние на развитие отраслевой юридической науки, законодательства и правоприменительной практики: сборник научных трудов. Минск: МВД Республики Беларусь, 2017. С. 253–259.
24. Тимошина Е.В., Краевский А.А., Салмин Д.Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2015. № 3. С. 4–34.
25. Троицкая А.А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2. С. 45–69.
26. Харт Г. Понятие права. СПб.: Издательский дом С.-Петербург. гос. ун-та, 2007. 302 с.
27. Шлинк Б. Пропорциональность. К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2. С. 56–76.
28. Aarnio A. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer, 2011, 222 p.
29. Avila H. *Theory of Legal Principles*. Dordrecht: Springer, 2007. 365 p.
30. Atienza M., Manero J A *Theory of Legal Sentences*. Dordrecht: Springer Science+Business Media, 1998. 192 p.
31. Berteau S. An Expansionist Model of Legal Reasoning. In: *Defeasibility in Law*. D.A. Kurt and M. Willaschek (eds.). Berlin: De Gruyter, 2020, pp. 1–29.
32. Peczenik A. *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer, 2009. 376 p.
33. Saunders I. *General Principles as a Source of International Law: Art. 38 (1) (c) of the Statute of the International Court of Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2021. 285 p.
34. Stelmach J., Brozek B. *Methods of Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 2006. 242 p.

References

1. Aarnio A. (2011) *Essays on the doctrinal study of law*. Dordrecht: Springer, 222 p.
2. Alexy R. (2010) Weigh formula. *Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava*=Russian Yearbook of Legal Theory, vol. 3, pp. 208–229 (in Russ.)

3. Alexy R. (2011) *Concept and validity of law: a reply to legal positivism*. Moscow: Infotropik Media, 192 p. (in Russ.)
4. Antonov M.V. (2010) Exclusive positivism and argumentative theory of law: to a polemic between E.V. Bulygin and M. Atienza. *Pravovedenie=Jurisprudence*, no. 1, pp. 224–235 (in Russ.)
5. Atienza M., Manero J. (1998) *A theory of legal sentences*. Dordrecht: Springer Science+Business Media, 192 p.
6. Avila H. (2007) *Theory of legal principles*. Dordrecht: Springer, 365 p.
7. Belov S.A. (2014) Can rational discourse justify values choice in law? *Pravovedenie=Jurisprudence*, no. 5, pp. 224–236 (in Russ.)
8. Belov S.A. (2016) Rationality of judicial balancing of constitutional values using the proportionality test. *Sankt-Peterburgskiy yurist=Saint Petersburg Lawyer*, no. 1, pp. 63–75 (in Russ.)
9. Berteau S. (2020) An expansionist model of legal reasoning. In: *Defeasibility in law*. Berlin: De Gruyter, pp. 1–29. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3719917> (accessed: 20.09.2024)
10. Blinova O.V., Belov S.A. (2020) Linguistic ambiguity and vagueness in Russian legal texts. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta. Pravo=Bulletin of Saint Petersburg University. Law*, no. 4, pp. 774–812 (in Russ.)
11. Dolzhikov A.V. (2022) Proportionality as a general principle of law in constitutional adjudication in Russia (with reference to the fundamental social rights). Doctor of Juridical Sciences Thesis. Saint Petersburg, 1112 p. (in Russ.)
12. Dworkin R. (2004) *Taking rights seriously*. Moscow: ROSSPEN, 392 p. (in Russ.)
13. Hart H. (2007) *The concept of law*. Saint Petersburg: University, 302 p. (in Russ.)
14. Kasatkin S.N. (2018) Doctrine of legal principles and critique of positivism in works of “early” R. Dworkin. *Vestnik Samarskoy humanitarnoy akademii= Bulletin of Samara Academy of Humanities*, no. 1, pp. 3–22 (in Russ.)
15. Kerimov D.A. (2000) *Methodology of law. Subject, functions, issues of the philosophy of law*. Moscow: Modern Humanitarian Academy, 559 p. (in Russ.)
16. Konovalov A.V. (2018) The concept of principles of law in common law doctrine. *Vestnik grazhdanskogo prava=Civil Law Review*, no. 3, pp. 238–260 (in Russ.)
17. Konovalov A.V. (2019) Principles of civil law: methodological and practical aspects of research. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 1161 p. (in Russ.)
18. Konovalov A.V. (2024) *Principles of law*. Moscow: Norma, 792 p. (in Russ.)
19. Peczenik A. (2009) *On law and reason*. Dordrecht: Springer, 376 p.
20. Poscher R. (2015) Theory of a phantom: the principles theory’s futile quest for its object. *Pravovedenie=Jurisprudence*, no. 5, pp. 134–157 (in Russ.)
21. Saunders I. (2021) *General Principles as a Source of International Law: Art. 38 (1) (c) of the Statute of the International Court of Justice*. Oxford: Hart Publishing, 285 p.
22. Schlink B. (2012) Proportionality. On balancing fundamental rights and public goals. *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie=Comparative Constitutional Review*, no. 2, pp. 56–76 (in Russ.)
23. Sivitsky V.A. (2021) *Principles of legal regulation in the structure of the federal law*. Moscow: Yustitsinform, 232 p. (in Russ.)
24. Skurko E.V. (2006) Legal principles in the legal system, system of law and system of legislation. *Pravovedenie=Jurisprudence*, no. 2, pp. 55–61 (in Russ.)

25. Soboleva A.K. (2001) *Topical jurisprudence*. Moscow: Dobrosvet, 225 p. (in Russ.)
26. Stelmach J., Brozek B. (2006) *Methods of legal reasoning*. Dordrecht: Springer, 242 p.
27. Stoilov Y. (2023) *Principles of law: concept and application*. Moscow: Prospect, 312 p. (in Russ.)
28. Timoshina E.V. (2017) Norms-rules and norms-principles: consequences of normative dualism for methodology of judicial interpretation. Modern approaches to understanding of law and its influence on development of law branches, legislation and law-enforcement: collection of papers. Minsk: Ministry of Internal, pp. 253–259 (in Russ.)
29. Timoshina E.V., Kraevsky A.A., Salmin D.N. (2015) Axiology of judicial interpretation: means of weighing in the situation of human rights competition. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta. Pravo*=Bulletin of Saint Petersburg University. Law, no. 3, pp. 4–34 (in Russ.)
30. Troitskaya A.A. (2015) Limits of rights and absolute rights: beyond the principle of proportionality? Theoretical issues and practice of the Constitutional Court of the Russian Federation. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie*=Comparative Constitutional Review, no. 2, pp. 45–69 (in Russ.)
31. Van Hoecke M. (2012) *Law as communication*. Saint Petersburg: University, 288 p. (in Russ.)
32. Varlamova N.V. (2023) Human rights as principles of law. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie*=Comparative Constitutional Review, no. 6, pp. 146–171 (in Russ.)
33. Vaskovsky E.V. (2016) Theory of interpretation of civil law. Sketch of the methodology of civilian dogma. Moscow: Statut, pp. 236–517 (in Russ.)
34. Vlasenko N.A. (2018) Methodological effectiveness of the study of certainty of law. Certainty and uncertainty of law as paired categories: problems of theory and practice. Papers of international conference. Moscow: Russian State University of Justice, pp. 51–62 (in Russ.)

Информация об авторе:

Д.А. Фаталиева — ассистентка.

Information about the author:

D.A. Fatalieva — Assistant.

Статья поступила в редакцию 22.11.2024; одобрена после рецензирования 15.01.2025; принята к публикации 04.02.2025.

The article was submitted to editorial office 22.11.2024; approved after reviewing 15.01.2025; accepted for publication 04.02.2025.

Научная статья

JEL: K15

УДК: 347.440

DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.115.139

Заключение безвозмездных предпринимательских договоров в России: пределы допустимости



Александра Юрьевна Бурова

Национальный исследовательский Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского, Россия, 603022 Нижний Новгород, проспект Гагарина, 23, Ayuburova@yandex.ru,

<https://orcid.org/0009-0008-8117-7604>



Аннотация

Статья посвящена анализу ограничений при заключении безвозмездных предпринимательских договоров. Целью исследования выступает определение отношения российского законодателя к заключению безвозмездных договоров в отношениях между коммерческими организациями и оценка необходимости запрещения указанных договоров. Для достижения указанной цели рассмотрена категория «встречное предоставление» и обращено внимание на принцип возмездности гражданско-правовых договорных отношений безотносительно к их субъектному составу. На основе норм Гражданского кодекса устанавливаются четыре запрета (ограничения), касающихся безвозмездных договоров между предпринимателями. Проводится критическая оценка закрепленного в Кодексе запрета на дарение в отношениях между коммерческими организациями. Сделан вывод, что единственным разумным основанием такого запрета является защита интересов миноритарных участников юридического лица-дарителя, либо участников, которые не знали и не могли знать о совершении данных сделок. Устанавливается наличие злоупотреблений, проявляющихся в противоречивом поведении стороны, заключившей безвозмездный договор, но впоследствии требующей признания его недействительным, а также злоупотреблений, связанных с отказом судов в признании частичного прощения долга дарением. Среди негативных аспектов запрета на дарение между предпринимателями отмечается возложение бремени доказывания наличия встречного предоставления на сторону, являющуюся ответчиком по иску, в силу затруднительности доказывания истцом отрицательного факта о непо-

лучении встречного предоставления. При анализе судебной практики и доктрины выявлена тенденция к распространению сферы действия нормы, запрещающей договор дарения между коммерческими организациями, на иные договоры, которая должна пресекаться в силу разной направленности данных видов договоров и невозможности применения рассматриваемого правила по аналогии. Выдвинуто предложение об исключении из гражданского законодательства норм, запрещающих заключение безвозмездных договоров в отношениях между коммерческими организациями, в силу наличия иного способа обеспечения заинтересованными лицами своих интересов — путем оспаривания заключенного безвозмездного договора по основанию, предусмотренному п. 2 ст. 174 Кодекса.



Ключевые слова

предпринимательский договор; безвозмездный договор; презумпция возмездности; встречное предоставление; запрет дарения; *animus donandi*; противоречивое поведение.

Для цитирования: Бурова А.Ю. Заключение безвозмездных предпринимательских договоров в России: пределы допустимости // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 1. С. 115–139. DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.115.139

Благодарности: статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Research article

Making Gratuitous Business Contracts in Russia: Limits of Permissibility



Aleksandra Yu. Burova

National Research Lobachevsky Nizhny Novgorod State University, 23 Gagarin Avenue, Nizhny Novgorod 603022, Russia,

Ayuburova@yandex.ru, <https://orcid.org/0009-0008-8117-7604>



Abstract

The paper is devoted to analysis of current limits during making gratuitous business contracts in Russia. The aim of the research is determination of the Russian legislator's attitude to making gratuitous business contracts and estimate of need of its prohibition. For this purpose the author goes into category «consideration» and pays attention to presumption of compensatory nature of civil contracts relations irrespectively to its parties. On the base of the norms of the Russian Civil Code four restraints concerned gratuitous business contracts are set up. Critical assessment of actual prohibition on donation between commercial companies fixed in the Code is made. It is concluded that the sole rational reason for this prohibition is protection of interests of minority

corporate members or corporate members who did not know and could not know about making such contracts. It is stated there are abusive practices appeared in contradictory behavior of a party that makes gratuitous contract and afterwards claims for invalidity of such a contract. Also there are abusive practices concerned with denial of judges in recognition of partial debt release as a donation. One more negative aspect of prohibition on donation between merchants is placing burden of evidence of consideration presence for a respondent party because of difficulties in probation of negative fact about absence of consideration. During analysis of judicial practice and doctrine the trend is revealed a provision prohibiting donation between merchants is enlarged upon other contracts. Such practice should be blocked because of different thrusts of contracts and impossibility of appliance by analogy of statute. It is conceptually concluded provisions of civil legislation prohibiting making gratuitous business contracts should be excluded, as there is another way to protect interested parties — to contest gratuitous contract on the base of clause 2 of Article 174 of the Code.



Keywords

business contract; gratuitous contract; presumption of compensatory nature; consideration; prohibition on donation; *animus donandi*; contradictory behavior.

For citation: Burova A. Yu. (2025) Making Gratuitous Business Contracts in Russia: Limits of Permissibility. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 1, pp. 115–139 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.115.139

Acknowledgements: The research is published within the project of supporting publications of the authors of the Russian educational and research bodies in the Higher School of Economics academic publications.

Введение

Различные виды гражданско-правовых договоров, регулируемые Гражданским кодексом РФ (далее — ГК РФ; ГК), характеризуются набором признаков. Для большинства договоров (купли-продажи, возмездного оказания услуг, комиссии и проч.) возмездный характер является конститутивным признаком. Также существуют договоры, для которых признак возмездности опционален, т.е. стороны вправе по своему выбору определить характер договора (поручения, хранения). Ряд договоров в силу своей природы являются безвозмездными (дарения, безвозмездного пользования имуществом (ссуда). Наконец, действуют безвозмездные договорные отношения, которые гражданским законодательством не урегулированы, но в силу провозглашенной в п. 3 ст. 421 ГК свободы сторон заключать непоименованные договоры¹возможны (например, безвозмездное оказание услуг).

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 11.03.2024) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

Что касается собственно предпринимательских договоров, то гражданское законодательство такой категорией не оперирует, однако она активно используется в судебной практике и доктрине [Рубцова Н.В., 2016: 183]. В ГК используется термин «обязательства, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности». В доктрине обе указанные категории, равно как и категория «договор в сфере предпринимательской деятельности», устоялись и используются в качестве синонимичных².

Общие гражданско-правовые нормы о предпринимательских договорах отсутствуют, отдельные правила содержатся в разных статьях ГК³. Отсутствует в гражданском законодательстве и общая норма, однозначно запрещающая безвозмездные отношения между предпринимателями. Тем не менее в литературе встречается утверждение, что одним из признаков предпринимательских договоров является их возмездный характер.

Указывается, что «данная особенность обуславливается целью предпринимательской деятельности — направленностью на систематическое получение прибыли» [Губин Е.П., Лахно П.Г., 2023: 186]. Ярким примером выступает положение пп. 4 п. 1 ст. 575 ГК о запрете дарения между коммерческими организациями⁴. Одновременно отмечается, что «правило о возмездности предпринимательских договоров не всегда последовательно применяется на практике, чему в ряде случаев способствует неоднозначная позиция законодателя. Несмотря на отмеченную учеными неоднозначность, предпринимательский договор все же определяется ими как «заключаемое на возмездной основе в целях осуществления предпринимательской деятельности соглашение, стороны (или одна из сторон) которого выступают в качестве субъектов предпринимательства» [Губин Е.П., Лахно П.Г., 2023: 190].

В другом источнике встречаем схожую позицию: «Характерным признаком предпринимательских договоров можно считать их возмездный характер. Подавляющее большинство договоров, заключаемых в сфере предпринимательства, являются возмездными. Не

² Автор данной статьи придерживается узкого понимания приведенных терминов, подразумевая, что обеими сторонами таких договоров являются предприниматели (коммерческие организации или индивидуальные предприниматели).

³ П. 2, п. 3 ст. 310, ст. 315, п. 2 ст. 317.1, п. 2 ст. 322, п. 2 ст. 339, п. 2 ст. 350.1, п. 1 ст. 356, п. 3 ст. 361, абз. 2 п. 1 ст. 390, абз. 2 п. 1, п. 3 ст. 391, п. 5 ст. 395, п. 3 ст. 401, п. 1 ст. 406.1, п. 2, п. 3 ст. 431.1, п. 4 ст. 431.2, абз. 2 п. 1, ст. 450, п. 6 ст. 450.1 ГК РФ.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 24.07.2023) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

случайно в ГК РФ установлен запрет дарения в отношениях между коммерческими организациями (п. 4 ч. 1 ст. 575)» [Ершова И.В., Отнюкова Г.Д., 2011]. Следует отметить, что авторы специализированной учебной литературы, посвященной предпринимательским договорам, не относят возмездный характер к их признакам [Белых В.С., 2020: 23]; [Левушкин А.Н., 2020: 24].

При анализе судебной практики в одном из судебных решений, в котором обосновывалась невозможность заключения безвозмездного договора на оказание услуг между предпринимателями, есть вызывающее одновременно и интерес, и изумление утверждение: «Как верно указал суд апелляционной инстанции, сам факт отсутствия утвержденного тарифа МКП «Водоресурс» на оказание услуг водоснабжения и водоотведения, не может быть основанием для безвозмездного получения этих услуг Абонентом, так как это приведет к нарушению основополагающего принципа гражданского права — возмездности правоотношений между коммерческими организациями»⁵.

В указанном судебном акте данный принцип провозглашается как само собой разумеющееся. В связи с этим встает логичный вопрос: где закреплен или из каких норм выводится данный принцип? Существует ли он вообще? Всегда ли и всем ли предпринимательским отношениям свойственна возмездность? Как действующее законодательство относится к безвозмездным предпринимательским договорам и какие есть основания для ограничения (запрещения) таковых?

Ответам на указанные вопросы посвящена настоящая статья.

1. Презумпция возмездности гражданско-правовых договоров

Согласно п. 1 ст. 423 ГК договор, по которому сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей, является возмездным. Гражданское законодательство устанавливает презумпцию возмездности любого гражданско-правового договора, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное. Безвозмездным признается договор, по которому одна сторона обязуется предоставить что-либо другой стороне без получения от нее платы или иного встречного предоставления (п. 2 и 3 ст. 423).

⁵ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 31.10.2023 по делу № А57-20581/2022 // СПС Консультант Плюс.

Таким образом, по общему правилу российское законодательство презюмирует возмездными не только предпринимательские договоры, но и договоры, не относящиеся к таковым.

Вызывает интерес то, как гражданское право понимает категорию «возмездность». В доктрине отмечается, что возмездность следует отличать от эквивалентности [Брагинский М.И., Витрянский В.В., 2011: 393]; [Сусликов В.Н., Дюкарев Д.А., 2014: 52]. Встречное предоставление, которое происходит в возмездных договорах, не обязательно должно быть эквивалентным первоначальному: достаточно лишь взаимности таких предоставлений, т.е. их наличия⁶. Однако символичность встречного предоставления может свидетельствовать о притворности сделки.

Тем не менее Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (далее — ВАС) в 2007 г. ориентировал суды на то, чтобы при рассмотрении дел, в которых выявлена лишь частичная эквивалентность встречного предоставления первоначальному, исследовать все обстоятельства сделки, прежде чем признавать ее притворной — прикрывающей договор дарения⁷. Кроме того, встречное предоставление в возмездном договоре не должно выражаться в наличии встречных обязанностей у обеих сторон. Например, по договору пожертвования на одаряемого возлагается встречная обязанность по целевому использованию имущества, однако данный договор все равно признается безвозмездным. В договоре беспроцентного займа на заемщике лежит обязанность вернуть сумму займа, а в безвозмездном договоре поручения у доверителя есть обязанность возместить расходы поверенного⁸.

Иными словами, встречное предоставление не должно служить простой компенсацией за совершение первоначально предоставляющей стороной определенных действий: последняя должна получить выгоду от исполнения договора, которая, как правило, выражается в получении вознаграждения, не только компенсирующего затраты, но и позволяющего получить прибыль. В подавляющем большинстве случаев стороны (не только предприниматели!) заключают гражданско-правовые договоры, чтобы получить взамен что-

⁶ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017. С. 844.

⁷ П. 10. Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 1.

⁸ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации. М., 2010. С. 846–847.

то имеющее для них бóльшую ценность в данный момент, поэтому истинно безвозмездных договоров не так уж и много. Гражданский оборот стремится опосредовать не намерения сторон облагодетельствовать друг друга, а их намерение получить выгоду.

Из рассмотренной презумпции можно заключить, что в целом договорное право основывается на возмездности. Это обусловлено «спецификой регулируемых гражданским правом имущественных отношений» [Астахова М.А., 2006: 77]. В рамках частноправового поля сторона, совершающая определенные действия в пользу другой, также ждет от последней совершения определенных действий в ответ. В связи с этим можно утверждать, что рассмотрение возмездности в качестве признака предпринимательского договора не совсем верно, поскольку возмездность характерна для большинства гражданско-правовых договоров, и совсем необязательно, чтобы их сторонами выступали предприниматели. Следовательно, принцип возмездности гражданско-правовых договорных отношений существует, но безотносительно к их субъектному составу.

2. Реализация принципа возмездности гражданско-правовых договорных отношений в предпринимательской деятельности

Несмотря на наличие принципа возмездности гражданско-правовых договорных отношений, следует отметить, что ГК не запрещает заключения безвозмездных договоров, что, по мнению автора данной работы, следует считать проявлением принципа свободы договора. При анализе норм ГК установлено, что в нем содержится четыре прямых запрета, касающихся безвозмездных договоров. Все они связаны с договорами между коммерческими организациями:

«не допускается дарение, за исключением обычных подарков, стоимость которых не превышает трех тысяч рублей, в отношениях между коммерческими организациями» (пп. 4 п. 1 ст. 575);

«коммерческая организация не вправе передавать имущество в безвозмездное пользование лицу, являющемуся ее учредителем, участником, руководителем, членом ее органов управления или контроля» (п. 2 ст. 690);

«не допускается безвозмездное отчуждение исключительного права в отношениях между коммерческими организациями, если настоящим Кодексом не предусмотрено иное» (п. 3.1 ст. 1234)⁹;

⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 30.01.2024) // СЗ РФ. 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5496.

«не допускается безвозмездное предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в отношениях между коммерческими организациями на территории всего мира и на весь срок действия исключительного права на условиях исключительной лицензии, если настоящим Кодексом не установлено иное» (п. 5.1 ст. 1235).

Иных запретов на заключение безвозмездных договоров между предпринимателями нет, как нет и какого-либо общего запрета. Более того, ряд норм ГК прямо допускает существование некоторых безвозмездных договоров в сфере предпринимательской деятельности. Например, из нормы п. 5.1 ст. 1235 можно сделать вывод, что безвозмездное предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в отношениях между коммерческими организациями с ограничениями по территории и сроку действия исключительного права на условиях исключительной лицензии, а также предоставление безвозмездной неисключительной лицензии вполне допустимо.

Что касается договора безвозмездного пользования имуществом, то помимо запрета, установленного в отношении заключения договора ссуды между коммерческой организацией и ее учредителем, участником, руководителем либо членом ее органов управления или контроля, иных ограничений в главе 36 ГК не устанавливается. Таким образом, для безвозмездного пользования установлены более мягкие ограничения исходя из разнонаправленности договоров дарения и ссуды [Романец Ю.В., 2019].

В настоящее время большинство исследователей считает, что договор ссуды в отношениях между предпринимателями допустим [Кузина М.И., 2018: 108]. Несмотря на направленность деятельности субъектов предпринимательства на извлечение прибыли, в некоторых случаях между ними возможно и безвозмездное пользование имуществом [Брагинский М.И., Витрянский В.В., 2011: 756].

Однако в судебной практике можно встретить разные точки зрения на этот счет. Некоторые суды считают, что «безусловный запрет на заключение между коммерческими организациями договора безвозмездного пользования имуществом не установлен»¹⁰, «закон не содержит запрета на заключение между коммерческими организациями договоров безвозмездного пользования имуществом (ссуды)»¹¹. В то

¹⁰ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 13.10.2022 по делу № А60-53685/2021 // СПС Консультант Плюс.

¹¹ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 19.10.2023 по делу № А79-9661/2020 // СПС Консультант Плюс.

же время есть диаметрально противоположные позиции судов: «предоставление в безвозмездное пользование имущества в отношениях между коммерческими организациями недопустимо»¹².

Из буквального толкования абз. 2 п. 1 ст. 972 ГК следует, что безвозмездным может быть договор поручения, заключенный между предпринимателями, так как «в случаях, когда договор поручения связан с осуществлением обеими сторонами или одной из них предпринимательской деятельности, доверитель обязан уплатить поверенному вознаграждение, если договором не предусмотрено иное».

В отношении договора хранения еще ВАС отмечал, что безвозмездный договор хранения, заключенный между юридическими лицами «не противоречит закону и не является дарением, поскольку хранение вещи без выплаты вознаграждения не является ни безвозмездной передачей вещи или имущественного права, ни договорным освобождением от имущественной обязанности, так как такая обязанность (уплатить вознаграждение за хранение) не установлена ни нормами главы 47 Гражданского кодекса Российской Федерации, ни договором»¹³. Новейшая судебная практика поддерживает указанную позицию¹⁴.

ГК также прямо допускает заключение безвозмездного опционного договора между коммерческими организациями. Так, согласно п. 2 ст. 429.3 ГК «за право заявить требование по опционному договору сторона уплачивает предусмотренную таким договором денежную сумму, за исключением случаев, если опционным договором, в том числе заключенным между коммерческими организациями, предусмотрена его безвозмездность либо если заключение такого договора обусловлено иным обязательством или иным охраняемым законом интересом, которые вытекают из отношений сторон».

Таким образом, заключение безвозмездных предпринимательских договоров вполне допускается гражданским законодательством, хотя не совсем ясны критерии, которые определяют допустимость либо недопустимость заключения таких безвозмездных договоров. Поэтому целесообразно рассмотреть прямо выраженный запрет на заключение договора дарения между коммерческими организациями (пп. 4 п. 1 ст. 575). Он перекликается с запретом на безвозмездное

¹² Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.04.2022 по делу № А40-115286/2021 // СПС Консультант Плюс.

¹³ Определение ВАС РФ от 17.11.2009 № ВАС-14838/09// СПС Консультант Плюс.

¹⁴ См., напр.: Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.02.2020 по делу № А64-7635/2019// СПС Консультант Плюс.

отчуждение исключительного права в отношениях между коммерческими организациями (п. 3.1 ст. 1234), поскольку в обоих случаях имеет место безвозмездная окончательная передача права¹⁵.

3. Основания запрещения дарения между коммерческими организациями

Запрет на заключение договоров дарения между коммерческими организациями обычно доктринально обосновывается указанием на извлечение прибыли как цели предпринимательской деятельности и следующее отсюда противоречие между дарением и предпринимательской деятельностью по существу. Например, А.Л. Маковский отмечал, что данный запрет установлен «исходя из того, что безвозмездные имущественные отношения между организациями, само существование которых порождено целью извлечения прибыли (п. 1 ст. 50), как правило, ненормальны и могут использоваться в ущерб интересам их кредиторов и государства»¹⁶. Также указывается, что «значение возмездности договора оказывается определяющим для осуществления предпринимательской деятельности. Законодатель исходит из презумпции, что предприниматели должны действовать исключительно в целях получения прибыли. Это означает, что безвозмездные сделки, совершаемые предпринимателями, по общему правилу противоречат смыслу их деятельности» [Сергеев А.П. и др., 2020: 859].

Итак, подавляющее большинство договоров является возмездным, но это касается не только предпринимательской сферы, но и всего гражданского оборота в целом. Безвозмездные договорные отношения между предпринимателями также возможны, причем иногда такие отношения полностью отвечают цели извлечения прибыли в будущем. Например, распространена практика, согласно которой один предприниматель предоставляет другому в безвозмездное пользование производимое им имущество, а последний использует его в своей деятельности и по окончании действия договора ссуды

¹⁵ Однако следует отметить, что запрет на заключение безвозмездных договоров отчуждения исключительного права между коммерческими организациями был установлен только в 2014 г. См.: Федеральный закон от 12.03.2014 № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 11. Ст. 1100.

¹⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: текст, комментарии / под ред. О.М. Козырь и др. М., 1996. С. 312.

предоставляет отзывы, комментарии по использованию, дает рекомендации производителю по улучшению моделей и т.п. Если ссудополучатель удовлетворен использованием имущества, возможно заключение в дальнейшем договора поставки данных товаров уже в большем количестве (своеобразный «тест-драйв») [Абесалашвили М.З., Тутарищева С.М., Пшизова Е.Н., 2023: 388].

О возможности использования безвозмездных договоров в ущерб интересам кредиторов и государства стоит отметить, что злоупотребления, основывающиеся на безвозмездных договорах, возможны и между лицами, не являющимися предпринимателями. Например, физические лица могут дарить принадлежащее им имущество близким родственникам или иным лицам с целью избежать обращения взыскания на него. Тем не менее, законодатель не запрещает договор дарения в целом, так как такой запрет ограничит автономию воли стороны, в самом деле желающей безвозмездно передать имущество другому лицу, но предусматривает особые основания для оспаривания таких сделок (например, в рамках законодательства о банкротстве или по основаниям мнимости и притворности).

Кроме того, если среди причин запрета дарения между коммерческими организациями называются возможные злоупотребления, в частности, занижение налогооблагаемой базы, вывод имущества из организации и т.п. [Евангелевская Л.В., 2012: 12]; [Конобеевская И.М., 2018: 151], то на это можно возразить, что в бытовых и других не связанных с предпринимательством сферах злоупотреблений, связанных с использованием договора дарения, может быть не меньше. Например, общепринято, что помимо безвозмездности передачи имущества в собственность другим обязательным квалифицирующим признаком договора дарения выступает вытекающее из соглашения сторон очевидное намерение дарителя передать имущество в качестве дара (*animus donandi*)¹⁷. Однако на практике распространены ситуации, когда намерением одарить даритель не обладает, но сам договор признается договором дарения. Например, супруга при жизни дарит принадлежащее ей имущество детям, чтобы в случае ее смерти это имущество не досталось супругу, а после его смерти — его детям от первого брака. Есть ли здесь намерение одарить?

Вероятно, что если и есть, то это далеко не первичная цель, поскольку основной целью, к которой стремится даритель, является

¹⁷ Постановление Президиума ВАС РФ от 25.04.2006 по делу № А24-554,555/03-11 // СПС Консультант Плюс.

исключение возможности получения в будущем принадлежавшего ей имущества чужим для нее лицам. Таким образом, договор дарения фактически используется не для осуществления дара, а для иных целей, которые хотя и являются правомерными по своей сути, но должны достигаться с помощью других средств (например, путем совершения завещания, в том числе совместного завещания либо заключения наследственного договора). Тем не менее, в рассматриваемом случае основания для признания договора недействительным отсутствуют.

Более того, установление запрета на заключение договора дарения между коммерческими организациями привело бы к абсурдной ситуации, в которой основное и дочернее общества не смогли бы безвозмездно передать друг другу имущество. Вследствие этого Президиуму ВАС при рассмотрении данного дела пришлось заключить, что подобные сделки дарением не являются: «Учитывая подконтрольность общества концерну и общие цели их экономической деятельности, для реализации которых может возникать необходимость в перераспределении имущества (ресурсов) между основным и дочерним обществами, квалификация любых совершаемых между такими лицами сделок по передаче имущества без прямого встречного предоставления в качестве дарения является ошибочной»¹⁸.

Это Постановление интересно еще и тем, что в нем указано, что «положения Гражданского кодекса, запрещающие дарение между коммерческими организациями, направлены на защиту интереса участников юридического лица — дарителя в том, чтобы отчуждение имущества, принадлежащего этому юридическому лицу, осуществлялось за эквивалентное встречное предоставление». Указанное объяснение запрета на дарение между коммерческими организациями, базирующееся на защите интересов миноритарных участников юридического лица — дарителя, выглядит более отвечающим реальности.

Наглядно данную цель аналогичного запрета в сфере защиты интеллектуальных прав¹⁹ можно проиллюстрировать на судебном деле, рассмотренном Девятым арбитражным апелляционным судом. Между истцом и ответчиком был заключен договор о безвозмезд-

¹⁸ Постановление Президиума ВАС от 04.12.2012 по делу № А28-5775/2011-223/12 // СПС Консультант Плюс.

¹⁹ Следует, однако, отметить, что ГК РФ не обозначает безвозмездное отчуждение исключительного права термином «дарение», однако цель обозначенного запрета, по-видимому, аналогична цели запрещения дарения между коммерческими организациями.

ном отчуждении прав на литературный сценарий в полном объеме. Впоследствии истец (правообладатель) обратился с иском о признании договора недействительным (ничтожным), указывая, что пункт о безвозмездности отчуждения был внесен в связи с заверениями ответчика (приобретателя) в будущем финансировании, которое в итоге не было осуществлено. Заключая договор, истец преследовал цель создания аудиовизуального произведения (фильма) для дальнейшей реализации и извлечения прибыли. Как только о совершенной сделке стало известно новому составу учредителей истца после аудита документов, он обратился в суд с соответствующим иском, который был удовлетворен²⁰.

4. Проблемы, связанные с запрещением дарения в отношениях между коммерческими организациями

4.1. Противоречивость поведения лица, заявляющего требования о признании договора дарения недействительным

К сожалению, оценке указанного обстоятельства в судебной практике не уделяется должного внимания. Зачастую инициаторами исков по рассматриваемой категории споров являются коммерческие организации-дарители, которые вначале заключают безвозмездный договор с другой коммерческой организацией, а через некоторое время, осознавая убыточность сделки либо недополучив прибыль от каких-либо других проектов, связанных с совершенной сделкой, обращаются в суд с иском о признании заключенного безвозмездного договора ничтожным.

Очевидно, что истец изначально еще в момент заключения договора знал об установленном в законе запрете, а даже если он не обладал таковым знанием, то оно должно предполагаться в силу профессионализма предпринимателей. В подобных ситуациях налицо противоречивость поведения истца, однако в исследованных нами материалах судебных дел на обсуждение не выносятся вопрос о добросовестности лица, заявившего о ничтожности сделки, которая была заключена им ранее.

По п. 5 ст. 166 ГК «заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки лицо действует недобросовестно, в частности если его

²⁰ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 28.05.2024 по делу № А40-300596/23 // СПС Консультант Плюс.

поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки»²¹. Исходя из указанного законодательного положения, истцу должно быть отказано в защите права. Однако в рассматриваемых ситуациях дело осложняется тем, что заключенный между коммерческими организациями договор дарения начинает противоречить императивному запрету закона, поэтому существуют веские основания для неприменения доктрины эстоппеля. Подтверждение сказанному можно найти и доктрине гражданского права. Так, в одном из авторитетных комментариев к ГК указывается, что «не может идти речь о применении п. 5 ст. 166 ГК РФ в случае, если сделка нарушает императивную норму закона, защищающую публичный интерес или интересы третьих лиц»²².

Однако убедительных причин для императивного запрещения дарения в отношениях между коммерческими организациями так и не выявлено, и самая рациональная из них стремится обеспечить защиту интересов сторон сделки, а не публичный интерес или интересы третьих лиц. Поэтому, на наш взгляд, в данной ситуации правило п. 5 ст. 166 должно применяться; неприменимым оно будет только когда лицо, оспаривающее сделку, не знало или не должно было знать о ее совершении. Как правило, это смена состава участников или генерального директора юридического лица. В других случаях попытки стороны, заключившей безвозмездный договор, сослаться на то, что последний ничтожен, должны блокироваться судами.

4.2. Доминирующая в судебной практике позиция об отказе в признании частичного прощения долга дарением

ГК запрещает одной коммерческой организации безвозмездно передавать имущество в собственность другой коммерческой организации. Такой запрет касается и безвозмездной уступки права требования и прощения долга между коммерческими организациями. Важнейшим критерием определения возможности совершения таких сделок является отсутствие у дарителя упомянутого ранее намерения одарить (*animus donandi*).

В отношении цессии Президиум ВАС указывал, что «отсутствие в данном соглашении условия о цене передаваемого права (требования) само по себе не свидетельствует о дарении соответствующего

²¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 08.08.2024) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

²² Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 410.

права (требования). Как установлено судом, предметом соглашения об уступке права (требования) являлось принятие cedentом обязательства передать цессионарию (истцу) соответствующее право (требование) к ответчику в качестве отступного с целью прекращения обязательства cedента перед цессионарием по возврату займа. Таким образом, уступка права (требования) носила возмездный характер»²³.

Согласно п. 31 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 11.06.2020 №6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств», «прощение долга не свидетельствует о заключении договора дарения, если совершается кредитором в отсутствие намерения одарить должника. Об отсутствии такого намерения могут свидетельствовать, в частности, взаимосвязь между прощением долга и получением кредитором имущественной выгоды по какому-либо обязательству (например, признанием долга, отсрочкой платежа по другому обязательству, досудебным погашением спорного долга в непущенной части и т.п.), достижение кредитором иного экономического интереса, прямо не связанного с прощением долга и т.п.»²⁴.

В судебной практике устоялась позиция: частичное прощение долга не признается дарением. Предполагается, что прощение части долга способствует восстановлению платежеспособности должника и обеспечению возврата суммы долга в непущенной части²⁵. Новейшая практика также следует этой позиции: «Целью совершения оспариваемой обществом «УК» сделки прощения долга являлось не полное и безоговорочное освобождение общества «Амазонка» от лежащих на нем обязательств, а прощение части долга в целях обеспечения возврата оставшейся суммы задолженности, следовательно,

²³ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 1.

²⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств» // Российская газета. 2020. № 136.

²⁵ Указанная позиция отражена в п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21.12.2005 № 104 «Обзор практики применения арбитражными судами норм Гражданского кодекса РФ о некоторых основаниях прекращения обязательств» // Вестник ВАС РФ. 2006. № 4; п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20.12.2005 № 97 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с заключением, утверждением и расторжением мировых соглашений в делах о несостоятельности (банкротстве)» // Вестник ВАС РФ. 2006. № 3.

у общества «УК» как кредитора отсутствовало намерение одарить общество «Амазонка»²⁶; частичное прощение долга «обусловлено стимулированием последнего немедленно погасить оставшуюся часть задолженности, а также стремлением общества «Престиж» к скорейшему завершению возникшего между сторонами спора»²⁷.

Таким образом, в качестве встречного предоставления со стороны должника рассматривается восстановление его платежеспособности либо обязанность погасить оставшуюся часть долга. Однако, во-первых, оба варианта противоречат концепции встречного предоставления, поскольку восстановление платежеспособности не является встречным действием должника, а выступает возможным (!) следствием частичного прощения долга. Обязанность погасить оставшуюся задолженность у должника и так присутствует в силу ранее заключенного договора, из которого возник долг.

Во-вторых, практика неудавшегося оспаривания сделок по частичному прощению долга может порождать злоупотребления недобросовестных контрагентов. Например, директор компании-кредитора может намеренно по договоренности с должником простить часть долга последнему, что впоследствии может повлечь затруднения при оспаривании такой сделки новым директором или участниками компании-кредитора, если они сочтут частичное прощение долга невыгодным. Указанное обстоятельство дестабилизирует предпринимательский оборот, позволяя должникам надеяться на частичное списание долга и поддержку в этом судебных инстанций.

4.3. Возложение бремени доказывания возмездности заключенного договора на ответчика

Анализ практики свидетельствует, что при возникновении вопроса о признании заключенного между предпринимателями договора дарением и, соответственно, признании его недействительным сторона, возражающая против такой квалификации, доказывает возмездность договора и отсутствие намерения одарить (т.е. какую-либо иную направленность).

Ранее указывалось, что возмездность определяется исходя из наличия встречного предоставления другой стороной. Однако встречаются ситуации, когда возмездность может проявляться не только

²⁶ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 18.09.2017 по делу № А07-6465/2016// СПС Консультант Плюс.

²⁷ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.12.2022 по делу № А46-1447/2022// СПС Консультант Плюс.

в текущем договоре, а в иных отношениях между сторонами. Так, в рассмотренном судом деле между сторонами был заключен договор займа, в дальнейшем подписано соглашение о прощении долга. Займодавец счел сделку недействительной, но в ходе рассмотрения дела было установлено, что заемщик выполнил для займодавца работы по забивке трубных свай на сумму, превышающую сумму займа, в связи с чем и было подписано соглашение о прощении долга. В судебном акте указывается, что «суды установили взаимосвязь между прощением долга и получением ООО «КСМУ» имущественной выгоды в виде результата работ, выполненных ответчиком, и пришли к обоснованному выводу об отсутствии у ООО «КСМУ» намерения освободить ответчика от обязанности по уплате долга в качестве дара»²⁸.

Таким образом, возможны две ситуации: когда встречное предоставление кроется в другом договоре (тогда на него можно сделать ссылку), и когда встречное предоставление отсутствует, но договор имеет какую-либо другую цель (для предпринимателей она в итоге должна повлечь извлечение прибыли). В любом случае необходимо иметь в виду, что если заключается договор, который может быть расценен как безвозмездный (исходя из названия или из отсутствия в нем упоминания о цене, или из прямого указания на безвозмездность), рискуют обе стороны. Поэтому в условиях запрета на дарение между коммерческими организациями им следует указывать в кажущемся безвозмездном договоре разумную объясняющую имущественную выгоду обеих сторон причину для его заключения. Иное влечет за собой проблемы с доказыванием, которые, впрочем, и так сопутствуют этой категории дел.

ГК устанавливает презумпцию возмездности гражданско-правового договора. Если лицо полагает, что договор безвозмезден, оно должно это доказать. Судебная практика складывается именно таким образом: «В соответствии с требованиями статьи 65 АПК РФ доказательства того, что сделка имеет безвозмездный характер и должна быть квалифицирована как дарение, обязана представлять сторона, настаивающая на данном доводе. В рамках данного дела указанное обстоятельство истцом не доказано, в связи с чем искивые требования последнего оставлены судами без удовлетворения»²⁹.

²⁸ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.04.2018 по делу № А75-5697/2017 // СПС Консультант Плюс.

²⁹ См., напр.: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 18.09.2017 по делу № А07-6465/2016// СПС Консультант Плюс; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.04.2018 по делу № А75-5697/2017// СПС Консультант Плюс.

Как правило, безвозмездные договоры оспаривают лица, которые при ином стечении обстоятельств могли бы получить от сделки прибыль: дарители, ссудодатели, услугодатели и т.п. Соответственно указанные лица должны доказать, что не получили от своего контрагента встречного предоставления, что, по сути, является отрицательным фактом, доказать который либо невозможно, либо чрезвычайно трудно. Анализ судебных дел показывает, что в итоге по подобным делам начинает активно защищаться ответчик, доказывая, что истец выиграл от заключения такого договора, т.е. то, что встречное предоставление все же было. И это разумно. Практика исходит из того, что истец не обязан доказывать отрицательный факт³⁰. Возложение бремени доказывания отрицательного факта на истца «недопустимо с точки зрения поддержания баланса процессуальных прав и гарантий их обеспечения»³¹. Предпринимателю, который получает что-то безвозмездно, следует это понимать. Именно ему рекомендуется заблаговременно озаботиться доказательствами, свидетельствующими о направленности заключенного договора на получение имущественной выгоды.

4.4. Расширительное толкование положения о запрете дарения между коммерческими организациями

Как в доктрине, так и в судебной практике есть тенденция к расширению сферы действия нормы, запрещающей договор дарения между коммерческими организациями, хотя нормы ГК не дают для этого никаких оснований. В одном из судебных дел суд кассационной инстанции отметил, что «судами не дана оценка договору субаренды в части, которой фактически предусмотрено безвозмездное пользование обществом частью земельного участка, на предмет ее соответствия установленному статьей 575 Гражданского кодекса запрету на дарение в отношениях между коммерческими организациями»³². На наш взгляд, такая оценка не требуется, так как договор дарения и договор субаренды, равно как договор безвозмездного пользования — разные договорные виды, они являются классиче-

³⁰ См., напр.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.08.2021 по делу № А41-76956/2019 // СПС Консультант Плюс.

³¹ См.: п. 32 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации. 2017. № 3, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 12.07.2017 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 9.

³² Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 11.02.2019 по делу № А53-37162/2017 // СПС Консультант Плюс.

скими договорами, направленными на передачу имущества в собственность или пользование соответственно, и, следовательно, требуют различного правового регулирования. Применение норм о договоре дарения к договору субаренды или договору безвозмездного пользования по аналогии, как это предлагает сделать суд, требует выявления схожести отношений, которая здесь далеко не очевидна.

В другом деле суд прямо сделал вывод, что между коммерческими организациями невозможно заключение договора безвозмездного оказания услуг: «Статья 575 ГК РФ прямо запрещает дарение в отношениях между коммерческими организациями. Безвозмездное оказание услуг между коммерческими организациями незаконно»³³. В этом случае также не ясно, на каком основании суд приравнивает оказание услуг к дарению, ведь это совершенно разные виды договоров с разной направленностью. Вероятно, в силу принципа свободы договора стороны, в том числе предприниматели могут заключить данный непоименованный договор.

Рассуждения в русле расширительного толкования пп. 4 п. 1 ст. 575 ГК встречаются и в доктрине. Например, в диссертации, посвященной гражданско-правовому регулированию инвестиционных платформ, говорится, что некоторые платформы оказывают услуги по привлечению инвестиций и содействию в инвестировании безвозмездно, а поскольку лицами, привлекающими инвестиции, в силу закона могут выступать только индивидуальные предприниматели и юридические лица, постольку отношения между коммерческими организациями носят безвозмездный характер. По мнению автора диссертации, «такие договоры должны признаваться ничтожными с момента их заключения», поскольку «в соответствии с пп. 4 п. 1 ст. 575 ГК безвозмездный договор оказания услуг подпадает под запрет дарения между коммерческими организациями, так как в соответствии с п. 1 ст. 572 ГК дарением признается не только безвозмездная передача в собственность вещи либо имущественного права, но и освобождение лица от имущественной обязанности (т.е. обязанности совершить обратное предоставление)» [Саяпин С.П., 2024: 152–155].

С данной позиции договор безвозмездного оказания услуг является разновидностью договора дарения, что в корне неверно. Безусловно, освободить лицо от платы за оказание услуг можно, но в таком случае должно быть заключено два договора — возмездный договор

³³ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05.06.2023 по делу № А67-1926/2022 // СПС Консультант Плюс.

оказания услуг и соглашение о прощении долга по договору возмездного оказания услуг, которое по действующему законодательству запрещено между коммерческими организациями. Безвозмездный договор оказания услуг вообще не регулируется гражданским законодательством, а в силу различий данного вида договора с договором дарения нет оснований для применения норм о дарении к данному виду договора.

Договор дарения может выражаться в форме освобождения от обязанности оплатить оказанные услуги, но разве такая обязанность установлена в отношении лиц, привлекающих инвестиции, по договору с оператором инвестиционной платформы? Закон такой обязанности не предусматривает, она может быть установлена лишь в правилах конкретной инвестиционной платформы. При этом совсем не обязательно намерение оператора инвестиционной платформы одарить контрагента, безвозмездность доступа к платформе и пользования ее услугами может быть обусловлена привлечением новых клиентов или взиманием вознаграждения с другой стороны (инвестора). Для предпринимательского оборота это совершенно нормальные ситуации.

Таким образом, попытки «подтянуть» любые безвозмездные отношения между предпринимателями под запрет на заключение между ними договора дарения не оправданы ни с точки зрения логики, ни с точки зрения существующего правового регулирования.

5. Отмена запрещения дарения в отношениях между коммерческими организациями

За редкими исключениями, отношение законодателя к заключению безвозмездных договоров между предпринимателями нейтральное. Тем не менее отечественная практика в силу традиции тяготеет к отрицанию возможности заключения подобных договоров.

Единственным разумным основанием возможного запрета дарения, равно как и безвозмездного отчуждения исключительного права в отношениях между коммерческими организациями выступает защита миноритарных участников юридического лица— дарителя либо участников, которые не знали и не могли знать о совершении данных сделок. Ввиду возможности злоупотреблений, исходящих от предпринимателей, заключающих безвозмездные договоры, а затем признающих их недействительными с помощью суда, а также тенденцию к признанию недействительными различных видов безвозмездных договоров между предпринимателями указанные интересы

могут быть защищены и иным способом. Не запрещая заключение безвозмездных договоров между коммерческими организациями, в том числе договора дарения, их можно оспаривать по основанию, предусмотренному п. 2 ст. 174 ГК как сделки, совершенные в ущерб интересам юридического лица, если другая сторона сделки знала или должна была знать о явном ущербе для юридического лица либо имели место обстоятельства, которые свидетельствовали о сговоре либо об иных совместных действиях представителя или органа юридического лица и другой стороны сделки в ущерб интересам юридического лица.

Поскольку такие сделки являются оспоримыми, при наличии оснований к ним без проблем можно будет применять п. 5 ст. 166, о котором речь шла ранее.

Заключение

Принцип возмездности гражданско-правовых договорных отношений существует в гражданском праве безотносительно к субъектному составу данных отношений. Поэтому возмездный характер не является видовым признаком предпринимательских договоров.

Нормы гражданского законодательства не содержат общего запрета на заключение безвозмездных предпринимательских договоров. Вместе с тем, существует четыре частных запрета безвозмездности в предпринимательских договорах: запрещение дарения в отношениях между коммерческими организациями (пп. 4 п. 1 ст. 575 ГК); запрещение коммерческой организации передавать имущество в безвозмездное пользование лицу, являющемуся ее учредителем, участником, руководителем, членом ее органов управления или контроля (п. 2 ст. 690); запрещение безвозмездного отчуждения исключительного права в отношениях между коммерческими организациями (п. 3.1 ст. 1234); запрещение безвозмездного предоставления права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в отношениях между коммерческими организациями на территории всего мира и на весь срок действия исключительного права на условиях исключительной лицензии (п. 5.1 ст. 1235).

Прямо допускается существование отдельных безвозмездных предпринимательских договоров: поручения (абз. 2 п. 1 ст. 972), опционного договора (п. 2 ст. 429.3). Признается не противоречащим закону заключение между коммерческими организациями безвозмездного договора хранения (Определение ВАС от 17.11.2009

№14838/09); договора на безвозмездное предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации с ограничениями по территории и сроку действия исключительного права на условиях исключительной лицензии, договора на предоставление безвозмездной неисключительной лицензии (п. 5.1 ст. 1235 ГК).

В судебной практике возникают противоречия относительно возможности заключения в отношениях между коммерческими организациями договора безвозмездного пользования имуществом (гл. 36 ГК), непоименованного договора безвозмездного оказания услуг.

Подлинным основанием запрета дарения в отношениях между коммерческими организациями является стремление защитить интересы миноритарных участников юридического лица — дарителя либо участников, которые не знали и не могли знать о совершении данных сделок. В других случаях такой запрет не имеет под собой разумных оснований.

Отдельные предпринимательские отношения могут быть безвозмездными, и чаще всего это обусловлено целью извлечения прибыли в дальнейшем, или от других отношений между теми же предпринимателями.

В ходе рассмотрения судебных дел о признании недействительными договоров дарения между коммерческими организациями должен в обязательном порядке рассматриваться вопрос о добросовестности стороны, заявляющей данное требование. Попытки стороны, заключившей безвозмездный договор, доказывать, что последний ничтожен, должны блокироваться судами на основании п. 5 ст. 166, за исключением случаев, когда лицо, оспаривающее сделку, не знало или не должно было знать о ее совершении (случаи смены состава участников или генерального директора юридического лица).

Критикуется практика признания частичного прощения долга между коммерческими организациями действительным как способная породить злоупотребления недобросовестных контрагентов и дестабилизировать предпринимательский оборот, позволяя должникам надеяться на частичное списание долга и поддержку в этом судебных инстанций. Восстановление платежеспособности должника, признаваемое целью частичного прощения долга, не является встречным предоставлением со стороны должника, а выступает возможным (!) следствием частичного прощения долга.

Противоречие между установленной в нормах материального права презумпцией возмездности гражданско-правового договора и процессуальным правилом о необходимости доказывания сторо-

ной обстоятельств, на которые она ссылается, выражается в невозможности (затруднительности) доказывания лицом, не получившим встречного предоставления по договору, указанного отрицательного факта. Бремя доказывания обстоятельств, свидетельствующих о направленности заключенного договора на получение имущественной выгоды, ложится на ответчика.

Тенденция к распространению сферы действия нормы, запрещающей договор дарения между коммерческими организациями, на иные договоры (ссуды, безвозмездного оказания услуг и проч.) противоречит логике и действующему правовому регулированию в силу разной направленности данных видов договоров и невозможности применения рассматриваемого правила по аналогии закона.

Целесообразно исключить из гражданского законодательства нормы, запрещающие заключение безвозмездных договоров в отношениях между коммерческими организациями. Защита интересов миноритарных участников юридического лица либо участников, которые не знали и не могли знать о совершении данных сделок, может быть обеспечена путем оспаривания заключенного безвозмездного договора по основанию, предусмотренному п. 2 ст. 174 ГК.



Список источников

1. Абесалашвили М.З., Тутарищева С.М., Пшизова Е.Н. Понятие, виды и системообразующие признаки безвозмездных договоров в современном гражданском законодательстве // Вопросы российского и международного права. 2023. Том 13. № 9. С. 384–391. DOI: 10.34670/AR.2023.90.96.049
2. Абрамов В.Ю., Абрамов Ю.В. Правовое регулирование новых видов предпринимательской деятельности: практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2023. 320 с.
3. Астахова М.А. Возмездность и безвозмездность в гражданском праве // Современное право. 2006. № 12. С. 76–79.
4. Белых В.С. (ред.) Договорное регулирование предпринимательской деятельности: учебник. М.: Проспект, 2020. 718 с.
5. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2011. 780 с.
6. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 2011. 847 с.
7. Горбач О.В. Предпринимательский договор: сущность, содержание, особенности // Сибирский юридический вестник. 2024. № 2 (105). С. 44–50. DOI: 10.26516/2071-8136.2024.2.44
8. Губин Е.П., Лахно П.Г. (отв. ред.) Предпринимательское право Российской Федерации: учебник. Т. 1. М.: Норма, 2023. 808 с.
9. Евангелевская Л.В. Недействительность договора дарения в сфере предпринимательской деятельности: автореф. дис. ... к. ю. н. Ростов-н/Д, 2012. 31 с.

10. Ершова И.В., Отнюкова Г.Д. (отв. ред.) Российское предпринимательское право: учебник. М.: Проспект, 2011. 1072 с.
11. Камышанский Д.Г. О безвозмездности гражданско-правовых договоров // Власть закона. 2015. № 1. С. 166–171.
12. Конобеевская И.М. Запрещение дарения в отношении отдельных категорий лиц по гражданскому праву // Вестник ВГУ. Серия: Право. 2018. № 4. С. 149–159.
13. Кузина М.И. О возможности заключения договора ссуды коммерческими организациями // Российский юридический журнал. 2018. № 2. С. 105–109.
14. Левушкин А.Н. Договоры в предпринимательской деятельности: учебник. М.: Проспект, 2020. 400 с.
15. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М.: Норма, 2019. 496 с.
16. Рубцова Н.В. Об истоках предпринимательского договора // Проблемы экономики и юридической практики. 2016. № 3. С. 183–186.
17. Саяпин С.П. Гражданско-правовое регулирование инвестиционных отношений с использованием цифровых платформ: дис. ... к.ю.н. М., 2024. 229 с.
18. Сергеев А.П. (ред.) Гражданское право: учебник. Т. 1. М.: Проспект, 2020. 1040 с.
19. Сусликов В.Н., Дюкарев Д.А. Понятие возмездного договора в законодательстве Российской Федерации и зарубежных стран // Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал. 2014. № 6. С. 50–52.
20. Шапсугова М.Д. Предпринимательские договоры как форма осуществления предпринимательской деятельности // Северо-Кавказский юридический вестник. 2020. № 1. С. 121–126. DOI: 10.22394/2074-7306-2020-1-1-121-126.



References

1. Abesalashvili M. Z., Tutarisheva S. M., Pshizova E. N. (2023) The concept, types and system-forming features of gratuitous contracts in modern civil legislation. *Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava*=Issues of Russian and International Law, vol. 13, no. 9, pp. 384–391. DOI: 10.34670/AR.2023.90.96.049 (in Russ.)
2. Abramov V.Yu., Abramov Yu. V. (2023) Legal regulating new types of entrepreneurial activity: a guide. Moscow: Yustitsinform, 320 p. (in Russ.)
3. Astakhova M.A. (2006) Remunerative and gratuitous in civil law. *Sovremennoe pravo*=Modern Law, no. 12, pp. 76–79 (in Russ.)
4. Belykh V.S. (ed.) (2020) Contractual regulation of entrepreneurial activity: textbook. Moscow: Prospekt, 718 p. (in Russ.)
5. Braginsky M.I., Vitryansky V. V. (2011) *Contract law. General provisions*. Moscow: Statut, 847 p. (in Russ.)
6. Braginsky M.I., Vitryansky V. V. (2011) *Contract law. Contracts for transfer of property*. Moscow: Statut, 780 p. (in Russ.)
7. Ershova I.V., Otnjukova G. D. (eds.) (2011) Russian entrepreneurial law: textbook. Moscow: Prospekt, 1072 p. (in Russ.)
8. Evangelevskaya L.V. (2012) Invalidity of the gift agreement in the field of entrepreneurial activity. Candidate of Juridical Sciences Summary. Rostov-on-Don, 31 p. (in Russ.)

9. Gorbach O.V. (2024) Entrepreneurial contract: essence, content, features. *Sibirskiy yuridicheskiy vestnik*=Siberian Law Herald, no. 2, pp. 44–50. DOI: 10.26516/2071-8136.2024.2.44 (in Russ.)
10. Gubin E.P., Lakhno P.G. (eds.) (2023) Entrepreneurial law of the Russian Federation: textbook. Moscow: Norma, 808 p. (in Russ.)
11. Kamyshansky D.G. (2015) On the gratuitousness of civil contracts. *Vlast' zakona*=The Rule of Law, no. 1, pp. 166–171 (in Russ.)
12. Konobeevskaya I.M. (2018) Prohibition of gifts to certain categories of persons under civil law. *Vestnik Voronezhskogo Universiteta. Pravo*=Proceedings of Voronezh University. Law, no. 4, pp. 149–159 (in Russ.)
13. Kuzina M.I. (2018) On the possibility of concluding a contract of loan by commercial organizations. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*=Russian Legal Journal, no. 2, pp. 105–109 (in Russ.)
14. Levushkin A.N. (2020) Contracts in entrepreneurial activity: textbook. Moscow: Prospekt, 400 p. (in Russ.)
15. Romanets Y.V. (2019) *System of contracts in the civil law of Russia*. Moscow: Norma, 496 p. (in Russ.)
16. Rubtsova N.V. (2016) Origins of the entrepreneurial contract. *Problemy ekonomiki i yuridicheskoy praktiki*=Issues of Economics and Legal Practice, no. 3, pp. 183–186 (in Russ.)
17. Sayapin S.P. (2024) Civil law regulation of investment relations using digital platforms: Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 229 p. (in Russ.)
18. Sergeev A.P. (ed.) (2020) Civil law: textbook. Vol. 1. Moscow: Prospekt, 1040 p. (in Russ.)
19. Shapsugova M.D. (2020) Entrepreneurial contracts as a form of entrepreneurial activity. *Severo-Kavkazskiy yuridicheskiy vestnik*=North Caucasian Legal Bulletin, no. 1, pp. 121–126. DOI: 10.22394/2074-7306-2020-1-1-121-126 (in Russ.)
20. Suslikov V.N., Dyukarev D.A. (2014) The concept of a remunerative contract in the Russian Federation and abroad. *Probely v rossiyskom zakonodatelstve. Yuridicheskiy zhurnal*=Gaps in Russian Legislation. Legal Journal, no. 6, pp. 50–52 (in Russ.)

Информация об авторе:

А.Ю. Бурова — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

A.Yu. Burova — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 08.10.2024; одобрена после рецензирования 15.01.2025; принята к публикации 04.02.2025.

The article was submitted to editorial office 08.10.2024; approved after reviewing 15.01.2025; accepted for publication 04.02.2025.

Научная статья

JEL: K4

УДК: 343.1

DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.140.164

Непротиворечивость доказательств как условие постановления приговора в особом порядке судебного разбирательства



Владислав Александрович Филатьев

Российский государственный университет правосудия, Россия, 117418 Москва, Новочеремушкинская ул., 69,

vlad_filatyev@mail.ru, <https://orcid.org/0009-0004-6387-1716>



Аннотация

В современном российском уголовном процессе востребованы упрощенные процедуры доказывания обвинения. Вопрос о справедливости осуществления производства с их применением остается дискуссионным, он актуален как в доктринальном плане, так и в связи со значимостью и распространенностью использования соответствующих процессуальных форм. В этой ситуации научный интерес имеет поиск путей оптимизации особых порядков рассмотрения уголовных дел в русле исходных принципов правосудия. Цель исследования состоит в выявлении в правовом регулировании особого порядка рассмотрения уголовного дела при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением недостатки, связанные с оценкой его обоснованности судом, и в случае обнаружения в определении способов их устранения. Методологическую основу исследования составили общенаучные и частнонаучные методы научного познания: диалектический метод, анализ и синтез, дедукция и индукция, системный подход, сравнительно-правовой, логико-юридический. Сделан вывод, что без надлежащих гарантий судебного контроля законности и обоснованности обвинительного приговора в производстве по уголовным делам в особом порядке не обеспечивается объективная оценка достоверности и достаточности доказательств обвинения и парализуются основные принципиальные механизмы защиты от необоснованного осуждения, в частности презумпция невиновности. Выработан новый критерий, предназначен-

ный для оценки судом обоснованности обвинения при рассмотрении уголовного дела в особом порядке судебного разбирательства, которым может служить непротиворечивость доказательств. Утверждается их недостаточность для вынесения приговора при наличии в деле хотя бы одного противоречащего обвинению доказательства. В связи с этой позицией и в свете ее расхождения с нормативно закрепленными общими правилами оценки доказательств, не имеющими исключений, обосновывается необходимость указания в законе соответствующего основания отказа в применении особого порядка принятия судебного решения в качестве обязательного условия постановления приговора.



Ключевые слова

суд; особый порядок судебного разбирательства; презумпция невиновности; достоверность и непротиворечивость доказательств; справедливое судебное разбирательство; приговор как акт правосудия.

Для цитирования: Филатьев В.А. Непротиворечивость доказательств как условие постановления приговора в особом порядке судебного разбирательства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 1. С. 140–164. DOI: 10.17323/2072-8166.2025.1.140.164

Research article

The Consistency of Evidence as a Condition for Sentencing in a Special Order of the Trial



Vladislav A. Filatyev

Russian State University of Justice, 69 Novocheryomushkinskaya Str., Moscow 117418, Russia,

vlad_filatyev@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0004-6387-1716>



Abstract

Simplified procedures for proving charges are in demand in modern Russian criminal proceedings. The question of the fairness of the implementation of proceedings with their use remains complex and debatable one, it is relevant both in doctrinal terms and in connection with the significance and prevalence of the use of appropriate procedural forms. In this situation, the search for ways to optimize special procedures for the consideration of criminal cases in line with the basic principles of justice is of scientific interest. The purpose of the study is to identify shortcomings in the legal regulation of a special procedure for considering a criminal case with the consent of the accused with the charge brought, related to the assessment of its validity by the court, and, if found, to determine ways to eliminate them. The methodological basis of the study was up of general and particular methods of knowledge like the dialectical method, analysis and synthesis, deduction and induction, a systematic approach, comparative legal, logical and legal ones. Author concludes without proper guarantees of judicial control over the

legality and validity of a guilty verdict in a special procedure for criminal proceedings, an objective assessment of the reliability and sufficiency of the evidence of the prosecution is not provided and the main fundamental mechanisms of protection against unjustified conviction (in particular, the presumption of innocence) are paralyzed. The author has developed a new criterion designed to assess the validity of the accusation by the court when considering a criminal case in a special procedure of trial, which can be the consistency of evidence. It is argued that they are insufficient for passing a sentence if there is at least one evidence contradicting the prosecution in the case. In connection with this position and taking into account its discrepancy with the normatively fixed general rules for evaluating evidence, which have no exceptions, the necessity of specifying in the law the appropriate grounds for refusing to apply a special procedure for making a judicial decision is substantiated.



Keywords

trial; special procedure; presumption of innocence; reliability and consistency of evidence; fair trial; judgement as an act of justice.

For citation: Filatiev V.A. (2025) The Consistency of Evidence as a Condition for Sentencing in a Special Order of the Trial. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 1, pp. 140–164 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2025.1.140.164

Введение. Постановка проблемы

В качестве специальных процессуальных форм, предполагающих особый порядок разрешения уголовного дела, закон предусматривает особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением (гл. 40 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации; далее — УПК РФ; УПК) и особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве (гл. 40.1 УПК РФ). При возражении подсудимого, государственного или частного обвинителя, потерпевшего против использования названных форм либо по собственной инициативе в случае возникновения сомнений в обоснованности обвинения судья выносит постановление о прекращении особого порядка судебного разбирательства и назначении рассмотрения уголовного дела в общем порядке (ч. 6 ст. 316); судья выносит приговор только при условии, если придет к выводу, что обвинение, с которым согласился подсудимый, обоснованно, подтверждается доказательствами, собранными по уголовному делу (ч. 7 ст. 316 УПК)¹.

Из сферы контроля вышестоящих судов с точки зрения правильности выявления обстоятельств совершенного деяния такие при-

¹ Пункт 17 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2016 № 55 «О судебном приговоре».

говоры исключены (ст. 317 УПК). При этом Конституционный Суд Российской Федерации (далее — КС) неоднократно подчеркивал отсутствие нарушения конституционных прав в том, что подсудимому, по ходатайству которого уголовное дело было рассмотрено в особом порядке, не предоставлено право обжаловать вынесенный в его отношении приговор по мотиву несоответствия содержащихся в нем выводов фактическим обстоятельствам дела².

Казалось бы, при такой позиции вопрос о допустимости осуществления правосудия в особом порядке рассмотрения дела возникать не должен. Однако в доктрине взгляды на этот счет различны. Сторонники применения специальных форм считают, что право на справедливое судебное разбирательство не будет нарушено, если отказ от его проведения в общем порядке носит добровольный и осознанный характер и соответствует публичным интересам, а также при условии соблюдения в ходе досудебного производства по делу важнейших прав обвиняемого [Качалова О.В., Качалов В.И., 2019: 197–202]; [Корнакова С.В., Щербаков В.А., 2017: 58–65]. Противники применения вообще не относят особый порядок к формам уголовного процесса и определяют его как деятельность по назначению наказания [Брестер А.А., 2015: 140–146].

Приведенные подходы расходятся в принципиальном вопросе, что может указывать на наличие в законе дефектов, обнаруживающих неопределенность регулирования оценки судом обоснованности обвинения. Предположив, что они имеют место, целесообразно изучить релевантные правовое регулирование и судебную практику, а в случае обнаружения соответствующих признаков определить, в чем именно заключаются проблемы и каковы способы их разрешения. В ходе исследования моделируется ситуация, в которой обвиняемый, не совершавший преступления, заявляет о согласии с обвинением и ходатайствует о рассмотрении дела в особом порядке судебного разбирательства; формально препятствующих удовлетворению судом этой просьбы оснований не имеется, однако в уголовном деле содержится хотя бы одно доказательство, свидетельствующее об обстоятельствах, существенно отличающихся от инкриминируемых.

Как отмечают В.И. Качалов и О.В. Качалова, «конструкция особого порядка судебного разбирательства предполагает, что суд прини-

² Определение Конституционного Суда РФ от 15.11. 2007 № 820-О-О и др. Available at: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision16889.pdf> (дата обращения: 10.11.2023)

мает решение, основываясь преимущественно на доказательственной деятельности органов предварительного расследования, однако при этом проводит ее проверку» [Качалов В.И., Качалова О.В., 2022: 88]. В то же время принято считать, что суд не должен нести ответственности за установление фактических обстоятельств при рассмотрении дел подобной категории, а вся ответственность переносится на стороны, давшие согласие на использование особого порядка судебного разбирательства. В доктрине есть мнение, что эти приговоры не зря «заведомо объявляются ущербными» [Дикарев И.С., 2020: 35], о чем свидетельствует их исключение из правил преюдиции. Подразумевается, что суд принимает факты дела в том виде, в каком они установлены органами предварительного расследования, а не устанавливает их самостоятельно [Дорошков В.В., 2010: 23].

Поэтому для рассматриваемого случая предположительно единственной действенной процессуальной гарантией от осуждения лица, ошибочно обвиненного в совершении преступления, служит полномочие суда разрешить вопрос обоснованности предъявленного обвинения, реализуемое во взаимосвязи с правом прекратить производство в особом порядке и перейти в общий порядок рассмотрения дела.

1. Проверка обоснованности обвинения

Что понимается под «обоснованностью» обвинения, упомянутой в ч. 7 ст. 316 УПК? В каком случае при рассмотрении уголовного дела в особом порядке суд может прийти к выводу о том, что обвинение обоснованно и подтверждается доказательствами, собранными по делу?

Завершая предварительное расследование, следователь, дознаватель признают, что собранные доказательства достаточны для составления обвинительного заключения, обвинительного акта или обвинительного постановления. Принимаемые ими в рамках уголовного дела процессуальные решения требуют обоснования имеющимися доказательствами фактических обстоятельств совершенного преступления, подлежащими судебной проверке и оценке. Поэтому формулируемые органом предварительного расследования выводы относительно фактических обстоятельств уголовного дела, подлежащих доказыванию, в том числе выражающиеся в приводимом в обвинении описании установленных этим органом обстоятельств преступного деяния, имеют предварительный характер до момента их подтверждения или опровержения судом при разрешении уголовного дела.

Согласно п. 1–4 ч. 1 ст. 299 УПК при постановлении приговора суд в совещательной комнате разрешает следующие вопросы: доказано ли, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый; доказано ли, что деяние совершил подсудимый; является ли это деяние преступлением и какими пунктом, частью, статьей Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ; УК) оно предусмотрено; виновен ли подсудимый в совершении этого преступления. От ответов на данные вопросы зависит, какой приговор — обвинительный или оправдательный — подлежит вынесению судом.

В процессе разрешения уголовного дела суд формулирует выводы об установленных фактах и о нормах права, подлежащих применению. По мнению автора настоящей статьи, особый порядок принятия судебного решения с этими требованиями закона согласуется, поскольку возлагает на суд обязанность определить, обоснованно ли обвинение и подтверждается ли оно собранными доказательствами, что тождественно разрешению вопроса о том, верно ли орган предварительного расследования установил и в обвинении сформулировал фактические обстоятельства преступного деяния. Реализация указанного полномочия напрямую связана с достижением цели правильного установления фактов, для чего законом предусмотрена процедура доказывания (гл. 11 УПК), подразумевающая обязательное проведение — хотя бы и вне судебного следствия — исследования доказательств, т.е. их анализа на предмет установления содержащихся в них сведений. Поэтому к данной деятельности суда подлежат применению и регламентирующие единые правила оценки доказательств положения (ст. 88 УПК). Согласно этим правилам оценка судом доказательств при постановлении приговора в особом порядке предполагает их оценку с точки зрения относимости, допустимости, достоверности и достаточности для разрешения уголовного дела. Какого-либо специального порядка проведения такой оценки или изъятий из единых правил ее осуществления законом не предусмотрено.

К сущностным свойствам приговора в юридической науке относят его презюмируемую истинность и преюдициальность, а понятие «законная сила» приговора толкуется как качество, приравнивающее силу приговора к силе закона [Строгович М.С., 1970: 423], как выражение в нем требования уголовного закона [Соколов О.В., 2009: 158]. После вступления в законную силу приговор переходит в состояние окончательного судебного решения, становится закрытым для пересмотра с фактической стороны и неотменяемым в

ординарных процедурах, поскольку уголовно-правовой конфликт разрешен и уголовный закон применен адекватно установленным фактам.

В общей теории права сложилось мнение, согласно которому результаты доказательственной деятельности, выраженные в правоприменительном акте, отражают разный уровень юридической надежности фиксируемых и удостоверяемых ими фактов, что обусловлено прежде всего тем, что доказательственная деятельность различается по своей надежности [Марченко М.Н., 1998: 310]. В качестве универсально пригодной для выяснения событий, имевших место в прошлом, законодателем признается процедура доказывания в общем порядке судебного разбирательства. В нее входят такие обязательные элементы, как судебное следствие, проводимое при непосредственном исследовании в судебном заседании с участием сторон представленных в подтверждение и опровержение обвинения доказательств, последующее проведение судебных прений и заслушивание последнего слова подсудимого, в том числе по вопросам доказанности этого обвинения. Соблюдение этой процедуры придает приговору — правоприменительному акту, которым разрешается уголовное дело, — преюдициальную силу и обеспечивает возникновение связанной с этим презумпции его истинности. Поэтому в системе действующего правового регулирования предполагается, что только вступившим в законную силу приговором, вынесенным в общем порядке, устанавливаются истинные, т.е. соответствующие реальному положению дел фактические обстоятельства совершенного преступного деяния. На отдельные виды приговоров, в частности на вынесенные в особом порядке, презюмируемая истинность и преюдициальность не распространяются.

«В УПК РФ неоднократно встречается словосочетание “постановление приговора без судебного разбирательства”. При разбирательстве таких дел суд отстранен от непосредственного исследования доказательств, на которых он будет основывать приговор. Один из важнейших принципов установления истины — непосредственности — исключен» [Свиридов М.К., 2018: 91]. Судебные следствие и прения по вопросу доказанности фактических обстоятельств преступного деяния не проводятся, равно как исключено оспаривание обвинения подсудимым в последнем слове. Совокупность перечисленных условий, составляющих специфику доказывания в особом порядке судебного разбирательства, исключает самостоятельное установление судом при разрешении уголовного дела фактических обстоятельств преступного деяния.

По результатам изучения свойств приговора М.Т. Аширбекова приходит к выводу о необходимости «введения в правовую ткань уголовного судопроизводства нового вида правовой презумпции как предположения, основанного на вероятности», которой может быть презумпция юридической надежности признания обвиняемым своей вины и связанных с ним результатов упрощенного или сокращенного доказывания [Аширбекова М.Т., 2018: 21]. В практическом анализе этой позиции важно помнить, что УПК, называя судебное решение, принимаемое при завершении проведенного в особом порядке судебного разбирательства, приговором (ст. 314–317), одновременно исключает возможность придания данному приговору преюдициального значения (ст. 90), а значит, и не признает наличия у него присущего приговорам фундаментального свойства их истинности. При таком положении куда большего внимания, нежели необходимость внедрения в уголовный процесс презумпции юридической надежности признания обвиняемым своей вины, заслуживает вытекающий из анализа принципов и норм права вывод об использовании законодателем неопровержимой в особом порядке производства по делу презумпции достоверности относящихся к обвинению доказательств.

В силу принципа презумпции невиновности, закрепленного в ст. 49 Конституции Российской Федерации (далее — Конституции), все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном законом, толкуются в его пользу. Пока его невиновность не опровергнута в должной процессуальной форме, обвиняемый продолжает считаться невиновным до вступления обвинительного приговора в законную силу, причем вне зависимости от собственного мнения в вопросе виновности. Данный принцип, предполагающий возможность признания лица виновным в случае доказанности его виновности в предусмотренном законом порядке, не может считаться нарушенным³, если этот порядок не только был соблюден, но и сам по себе обеспечивает достижение целей правосудия.

В России права человека и гражданина считаются высшей ценностью. Государство обязано признавать, соблюдать и защищать эти права, что предполагает разрешение споров посредством справедливого правосудия на основе правильного установления фактов и при соблюдении прав участников процесса, которые могут ограни-

³ К такому мнению в доктрине приходят многие. См., напр.: [Вилкова Т.Ю., 2018: 98].

чиваться только для защиты конституционного строя, нравственности, здоровья, прав других лиц и для обеспечения безопасности государства. Поскольку неправомерный обвинительный приговор не может считаться справедливым⁴, устанавливаемый порядок уголовного судопроизводства должен предупреждать ошибочное осуждение.

Уголовные правоотношения имеют особенности, предопределяющие специфику производства по уголовным делам, состоящую в том, что выводы относительно виновности подсудимого и обстоятельств, влияющих на назначение наказания, должны быть основаны на применении надежных процедур, обеспечивающих установление фактов действительности как познанных настолько, насколько возможно в свете общепризнанных достижений научной мысли, и потому — позволяющих считать полученное представление об этих фактах истинным. Поэтому суду надлежит исходить только из тех данных, которые после их проверки с принятием при ее проведении всех разумно возможных мер посредством указанных процедур не вызывают сомнений в своей подлинности. Когда эти сомнения появляются, они должны быть устранены с соблюдением требований закона.

Отсюда следует, что упрощение процедур доказывания в уголовном процессе возможно, только если это не влияет на решение вопросов о виновности подсудимого и его наказании.

Отсутствуют основания для предположения о том, что лицо, которое было осуждено в особом порядке судебного разбирательства с соблюдением установленных в законе необходимых условий постановления приговора, могло быть при обычном развитии событий признано невиновным в общем порядке рассмотрения уголовного дела, когда все относящиеся к обвинению доказательства его подтверждают. Утверждать подобное, однако, нельзя, если в деле имеются доказательства, расходящиеся с предъявленным лицу обвинением. Давать суду возможность устранять сомнения, которые объективно возникают уже в связи с самим фактом наличия противоречий между доказательствами и обвинением, без направленной на разрешение таковых проверки доказательств с использованием надежной процедуры доказывания, во всяком случае подразумевающей необходимость их непосредственного исследования в судебном

⁴ Недопустимость ошибочного осуждения Конституционный Суд РФ разъяснил, в частности, в Постановлении от 2.02.1996 № 4-П. Available at: URL: <http://doc.kstf.ru/decision/KSRFDecision19696.pdf> (дата обращения: 10.11.2023)

заседании, было бы неразумно, объективно ничем не оправдано и, значит, недопустимо.

Гарантии справедливого правосудия (как *lex generalis*) не могут быть снижены, а потому суд при использовании упрощенных процессуальных форм (как *lex specialis*) может вынести обвинительный приговор лишь при отсутствии доказательств и фактов, противоречащих обвинению. Следовательно, на особый порядок принятия судебного решения распространяется основанное на презумпции «неопровержимой достоверности» имеющее принципиальный характер требование, которое закрепляет непротиворечивость относящихся к обвинению доказательств в качестве *conditio sine qua non* для признания его обоснованным. Отчасти формализуя процедуру доказывания, это требование не позволяет возникать сомнениям в виновности и, следовательно, исключает случаи их разрешения судом в особом порядке. Иначе нарушался бы принцип презумпции невиновности, определяющий возможность ее опровержения только при соблюдении установленных в законе правил и необходимость истолкования неустранимых сомнений в виновности лица в его пользу. Расхождения в содержании доказательств должны обнаруживаться судом до проведения оценки их достоверности, например уже при изучении поступившего к нему уголовного дела, и являются основанием для назначения его рассмотрения в общем порядке.

Вероятно, к исключениям из указанного правила следует относить случаи рассмотрения судами уголовных дел, при расследовании которых подсудимый оспаривал обвинение или отказывался давать показания, в то время как все другие относящиеся к обвинению доказательства его подтверждают. В подобных ситуациях при подтверждении подсудимым своей позиции в судебном заседании относительно согласия с обвинением рассмотрение дела может быть продолжено в особом порядке, поскольку предоставленные подсудимому гарантии реализуются так же, по сути, как и в обычном процессе.

Такое понимание правил доказывания согласуется с соображениями о необходимости экономии процессуальных средств, которыми руководствовался законодатель при определении процессуальных форм, предусматривающих упрощение порядка доказывания обвинения в отношении подсудимых применительно к тем случаям, когда их виновность в совершении преступного деяния очевидна.

При изучении судебной практики автор не обнаружил ни одного случая оправдания или принятия решения о назначении рассмотрения дела в общем порядке, обусловленного необоснованностью

обвинения. Это объясняется тем, что сомнения в обоснованности обвинения — в силу абз. 3 п. 17 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ; ВС) от 29.11.2016 № 55 — не допускают самой возможности постановления приговора. Вероятность существования случаев прекращения особого порядка рассмотрения дела по указанному основанию автором не исключается. Но их обнаружение оказалось невозможным, поскольку принятие соответствующих решений в форме «протокольных» постановлений не предполагает изложение какого-либо обоснования, кроме ссылки на ч. 6 ст. 316 УПК, определяющую собственную инициативу в качестве необходимого и достаточного условия реализации судом предоставленного ему полномочия.

При этом практика пересмотра приговоров, вынесенных в особом порядке, судами апелляционной и кассационной инстанций свидетельствует, что неустановление судом обоснованности обвинения является одной из наиболее частых причин их отмены. Вместе с тем, поскольку в качестве основания к тому факт наличия в деле противоречащих обвинению доказательств не использовался, по мнению автора, нельзя представить, что во всех разрешенных судами в особом порядке уголовных делах, приговоры по которым не были отменены, обвинение было безупречным с точки зрения обоснованности.

В данном отношении интересно дело, рассмотренное в особом порядке принятия судебного решения в отношении М⁵. В нем имелись копии вступивших в законную силу решений арбитражных судов о признании недействительными и не подлежащими применению решений налогового органа, отказавшего в возмещении Обществу как налогоплательщику, в интересах которого действовал М., налога на добавленную стоимость. Как усматривается из указанных судебных решений, возражения налогового органа, ссылавшегося на фиктивность сделок, совершение которых давало Обществу основания для предъявления требований о возмещении налога, были отвергнуты. При этом видно, что судами тщательно проверялась достоверность доказательств, предъявленных Обществом в подтверждение его доводов.

⁵ Приговор Магаданского городского суда Магаданской области от 29.05. 2019 по делу № 1-275/2019, постановление судьи Девятого кассационного суда общей юрисдикции от 24.05. 2021 по делу № 7у-1998/2021, письма заместителя Председателя Верховного Суда РФ от 4.10.2021 и от 27.04. 2023 по делу № 93-УКС21-22-К9. Available at: https://magadansky--mag.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=39558026&delo_id=1540006&new=0&text_number=1 (дата обращения: 10.11.2023)

Между тем по результатам рассмотрения уголовного дела в особом порядке судебного разбирательства при вынесении приговора суд согласился с обоснованностью предъявленного М. обвинения в части утверждений органа следствия о фиктивности данных сделок. Проигнорировав, что во вступивших в законную силу решениях, на которые имелась ссылка в том же обвинении, принятых арбитражными судами, при рассмотрении гражданских дел по существу исследовавшими данный аспект и признавшими право налогоплательщика на возмещение налога, суд сделал противоположные выводы. Из этого вытекает, что наличие на момент постановления приговора опровергающих обвинение доказательств, в частности вступивших в законную силу судебных решений, вынесенных в рамках арбитражного судопроизводства, не воспрепятствовало суду прийти к выводу, что обвинение обоснованно и подтверждается собранными доказательствами.

С таким подходом согласились суды вышестоящих инстанций, в том числе ВС, которые, констатируя соблюдение судом первой инстанции требования закона о постановлении приговора при условии, что обвинение обоснованно и подтверждается собранными по делу доказательствами, сослались на невозможность проверки содержащихся в жалобах осужденного доводов о наличии в уголовном деле доказательств, опровергающих обвинение, — и это даже несмотря на то, что формулировка обвинения сама по себе указывала на наличие таких доказательств.

Тем не менее прийти к выводу, что положения ч. 7 ст. 316 УПК по смыслу, который придается им при индивидуальном регулировании правоотношений, допускают возможность вынесения судом в особом порядке принятия судебного решения обвинительного приговора при несоблюдении требования непротиворечивости доказательств, нельзя ввиду отсутствия в приговоре раздела, отражающего исследование и оценку доказательств, чем только и подтверждается существование той или иной практики. Едва ли случай с М. в достаточной мере свидетельствует о противоположном, ведь со стороны он воспринимается как частный. Заявления об ином позволяли бы упрекнуть автора в увлечении казуистикой, а потому автор дополнительно провел анонимное анкетирование и интервьюирование судей. Парадоксально, но эти методы исследования показали, что обнаружение судом при изучении материалов уголовного дела доказательства, содержание которого расходится с формулировкой обвинения в части описания обстоятельств преступного деяния, действительно не препятствует разрешению этого дела в особом по-

рядке, хотя в нем имеются доказательства, не только подтверждающие обвинение.

Возможность применения обсуждаемых нами законоположений указанным образом обусловлена их буквальным содержанием, в котором нет ссылок на то, что противоречия в собранных по уголовному делу доказательствах в относящейся к обвинению части исключают возможность постановления обвинительного приговора и что само это обстоятельство порождает не устранимые в особом порядке принятия судебного решения сомнения в виновности подсудимого, то есть является безусловным и не зависит от его оценки судом. При неосвещенности данного вопроса в правовой доктрине потребность в самостоятельном истолковании взаимосвязанных нормативных и принципиальных правовых положений, позволяющем на их основе сделать вывод о наличии такого запрета и действии требования непротиворечивости доказательств, не может не вызывать затруднений у правоприменителя. Особенно ввиду того, что в решениях КС и ВС этот вопрос обходится стороной.

Сформулированные Пленумом ВС в постановлениях от 5.12.2006 № 60 «О применении судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел» и от 29.11.2016 №55 «О судебном приговоре» разъяснения связывают возможность принятия решения о прекращении особого порядка судебного разбирательства и назначении рассмотрения уголовного дела в общем порядке с возникновением у суда сомнений в обоснованности обвинения. Но непонятно, о каких именно сомнениях как результатах познавательной деятельности здесь идет речь — о тех, которые не могли не появиться даже при поверхностном, «на первый взгляд», изучении дела, или о тех, которые, возникнув первоначально, сохраняются при разрешении дела — после анализа и оценки всех собранных доказательств в их совокупности.

Элементы закрепленных прямым способом презумпций фиксируются в тексте правового акта, поэтому их обнаружение не составляет труда. Когда презюмируемое положение непосредственно в нормах права отсутствует, но его можно вывести из них путем умозаключений, налицо косвенное закрепление презумпции. В отношении таких презумпций в юридической науке неоднократно высказывались негативные суждения: «нельзя выводить презумпции исходя из смысла законодательства, так как это не вносит ясности в их применение на практике» [Веденеев Е.Ю., 1998: 43], «единственно оправданным является прямой способ закрепления правовой презумпции» [Щуканов Н.Н., 2001: 509] и т.п. Поэтому можно утверждать, что одной из причин правоприменительной практики служит

буквальное содержание ч. 7 ст. 316 УПК РФ, в которой не закреплены правила, вытекающие из необходимости соблюдения требования непротиворечивости относящихся к обвинению доказательств как условия признания его обоснованным.

2. Соотношение с гарантиями справедливого правосудия

Законоположения, позволяющие выносить приговор без исследования доказательств в судебном заседании, должны применяться в системном единстве с другими нормами и принципами права, регулирующими порядок уголовного судопроизводства. Практически в отношении каждого подсудимого, избравшего особый порядок принятия судебного решения, судами принимаются решения об осуждении либо о прекращении уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям, что свидетельствует об однозначности нормативного регулирования. В связи с этим имеются основания выдвинуть предположение, что рассматриваемая проблема обусловлена наряду с выявленным пробелом наличием в законе таких предписаний, которые прямо приводят к лишению подсудимого гарантий справедливого правосудия, обеспечивающих надежность процедуры доказывания обвинения, эффективность средств правовой защиты как от ошибочного осуждения, так и предназначенных для восстановления нарушенных прав.

Главным «чаянием» абсолютного большинства граждан России является запрос на справедливость [Азаров В.А., 2022: 7]. Поэтому имеет смысл при изучении вопроса о том, обеспечивает ли особый порядок принятия судебного решения возможность реализации права на справедливое судебное разбирательство, затронуть — в той мере, в какой это отвечает целям исследования, — вопрос о соответствии такого порядка требованиям справедливости.

Не секрет, что среди практических и научных работников бытует мнение, согласно которому лица, избравшие особый порядок рассмотрения судом их уголовных дел, не получают равным счетом никаких выгод, поскольку по данным статистики⁶ этот выбор не влияет на меру наказания. Единственная «выгода» подсудимого в том, что

⁶ Данный вопрос изучался Институтом проблем правоприменения. См.: Титов К.Д., Поздняков М.Л. Порядок особый — приговор обычный: практика применения особого порядка судебного разбирательства (гл. 40 УПК) в российских судах. Available at: URL: https://enforce.spb.ru/images/analit_zapiski/pm_gl_40_UPK_fin.pdf (дата обращения: 10.11.2023)

он освобождается от выплаты процессуальных издержек, а судебное разбирательство по его делу занимает одно—два заседания, в связи с чем сокращается срок пребывания в следственном изоляторе до момента этапирования в место отбывания наказания. Однако у выразившего согласие с предъявленным обвинением подсудимого, который не использовал особый порядок принятия судебного решения, серьезные риски опасаться затягивания разбирательства в настоящее время отсутствуют, равно как нет следственных изоляторов, условия нахождения в которых ранее признавались пыточными. Вопрос процессуальных издержек актуален крайне редко. Приведенные суждения, если признавать их верными, позволяли бы вести речь о следующем.

Пользу от избрания обвиняемым упрощенной формы судопроизводства получает только суд, который освобождается от соблюдения формальностей, понимаемых в качестве излишних, так как спор о виновности между сторонами защиты и обвинения отсутствует. Тогда утверждать установление справедливого баланса между интересами обвиняемых и необходимостью гарантировать эффективность системы уголовного правосудия не приходится. Одним из центральных компонентов содержания понятия «справедливость» и форм ее реализации наряду с принципом состязательности является конституционный принцип равенства граждан перед законом и судом. Установление различий в правах и обязанностях возможно лишь в том случае, если они объективно оправданны, обоснованны и направлены на достижение конституционно значимых целей. Необходимым условием дифференциации при этом признается соразмерность применяемых правовых средств преследуемым целям.

Законодатель распределил граждан, принадлежащих к одной категории лиц — подсудимых, согласившихся с предъявленным обвинением и имеющих равные права на справедливое осуждение или оправдание за то, что имело место в действительности, — на заявивших об использовании особого порядка принятия судебного решения и не заявивших. Это сделано, чтобы использовать в их отношении принципиально различные подходы в двух вопросах: какую процедуру доказывания применять по делу (обладающую надежностью или нет), а также предоставлять ли им право на обжалование приговора по мотиву несоответствия содержащихся в приговоре выводов фактическим обстоятельствам дела.

Однако такая дифференциация не находила бы объективного и разумного оправдания — она не может быть единственно обусловлена целью оптимизации деятельности судебных органов, поскольку

иное предполагает возможность признания избравших особый порядок граждан виновными в совершении преступления на основе ненадежных процедур доказывания без соблюдения требований соразмерности, т.е. произвольно. Это не только свидетельствовало бы о несправедливости, но и означало бы нарушение принципов юридического равенства и правовой определенности, которые по своему существу относятся к основам конституционного правопорядка.

Особый порядок принятия судебного решения определяет невозможность назначения наказания, превышающего две трети максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного санкцией соответствующей статьи Особенной части УК, а также упрощение связанных с доказыванием процедур производства в суде первой инстанции и ограничение права на обжалование приговора. Однако, исходя из смысла правовой позиции КС, сформулированной в ряде его решений⁷, в свете самостоятельного заявления лицом соответствующего ходатайства, когда это сделано им осознанно и добровольно, такой порядок рассмотрения дела не нарушает его конституционных прав. Следуя этой логике, не имеет правового значения, приобретет ли лицо выгоду от использования данной процессуальной формы, поскольку установленная в нормах дифференциация оправдывается самим фактом назначения ему наказания с соблюдением специального правила, исключающего возможность наступления более неблагоприятных для него последствий. Опровержение презумпции конституционности закона в связи с несоблюдением при его принятии требования о недопустимости введения не имеющих объективного и разумного оправдания различий в правах лиц, принадлежащих к одной и той же категории, предполагает наличие данных, подтверждающих возникновение нарушающей принципы и нормы права несправедливости.

Иной подход подразумевал бы возможность опровержения этой презумпции на основе собственных представлений о справедливости, которые не относятся к элементам системы права и являются по своей сути неправом, а именно — личного мнения о достаточности или недостаточности преференций, предоставляемых избравшему особый порядок обвиняемому в обмен на ограничение его прав, — что недопустимо, поскольку установление их объема относится к исключительной дискреции законодателя.

⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 15.11. 2007 № 820-О-О и др. Available at: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision16889.pdf> (дата обращения: 10.11.2023)

Поэтому, учитывая изначально смоделированную для целей исследования ситуацию, при которой в уголовном деле есть хотя бы одно опровергающее обвинение доказательство, в дальнейшем сосредоточимся на анализе системы гарантий, обеспечивающих завершение судебного разбирательства, осуществляемого в особом порядке, посредством правосудия, с тем чтобы оно отвечало требованиям справедливости.

По мнению О.В. Качаловой, готовясь рассмотреть уголовное дело в сокращенном порядке, «судья должен убедиться в достаточности доказательств, подтверждающих виновность обвиняемого, необоснованность обвинения исключает возможность рассмотрения дела в особом порядке», а «решая принципиальный вопрос о возможности рассмотрения дела в особом порядке, судья фактически предпринимает вопрос о возможности вынесения в отношении лица обвинительного приговора» [Качалова О.В., 2016: 159–160]. Выявление в законе такого смысла подразумевает допустимость разрешения вопроса о достаточности для рассмотрения дела подтверждающих обвинение доказательств на предшествующих постановлению приговора этапах судебного производства в суде первой инстанции. Это не противоречит разъяснениям, изложенным в п. 2 постановления Пленума ВС от 5.12.2006 № 60, согласно которым обоснованность обвинения и его подтверждение собранными по делу доказательствами отнесены к необходимым условиям, определяющим возможность принятия судебного решения по ходатайству обвиняемого о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства в общем порядке.

Проверив конституционность положений ст. 232 УПК РСФСР, КС в Постановлении от 4.03.2003 №2-П отметил, что, иницируя продолжение следственной деятельности по обоснованию обвинения в случае невозможности в судебном заседании неполноты расследования, суды, по сути, исходили из того, что необходимые и достаточные доказательства, непосредственно касающиеся существа обвинения, отсутствуют. Принятие судом по собственной инициативе решения о возвращении дела для дополнительного расследования в таких случаях фактически приводит к осуществлению судом не свойственной ему обвинительной функции. При этом ранее КС Постановлением от 20.04.1999 № 7-П признал положения п. 1 ч. 1 ст. 232 УПК РСФСР не соответствующими действующей Конституции в той мере, в какой они возлагали на суд обязанность по собственной инициативе возвращать уголовное дело прокурору в случае невозможности в судебном заседании неполноты расследования.

Кроме того, КС неоднократно разъяснял, что суд не должен предрешать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по существу уголовного дела и подлежать разрешению в приговоре⁸. Если бы суд разрешал в предварительном порядке вопрос об обоснованности выдвинутого лицу обвинения и о достаточности доказательств, представленных стороной обвинения, то он вынужден был бы предрешить и вопрос о его виновности. Это не могло бы не оказать отрицательного воздействия на независимость и беспристрастность суда при вынесении им приговора. Подтверждая обоснованность предъявленного обвинения, он фактически подтверждал бы и виновность лица в совершении конкретного преступления⁹. Поэтому выяснение до постановления приговора вопроса о том, собраны ли доказательства, достаточные для рассмотрения этого дела по существу, не просто лишилось смысла, а стало невозможным ввиду воздействия на регулирование правоотношений соответствующих правовых позиций КС.

Закрепляя принцип состязательности сторон, закон не наделяет суд полномочием решать при назначении судебного заседания вопрос о достаточности для разрешения дела собранных доказательств (ст. 228 и 231 УПК). Неустраняемая в судебном заседании неполнота расследования не отнесена к обстоятельствам, влекущим возвращение уголовного дела прокурору (ст. 237 УПК). Вопросы о том, доказано ли, что имело место преступное деяние и что это деяние совершил подсудимый, а также вопрос о его виновности, в силу ст. 299 УПК предписывается решать при постановлении приговора. Исключения из этого правила не установлены. Поэтому реализовать закрепленное в ч. 7 ст. 316 УПК полномочие по проверке обоснованности предъявленного обвинения и его подтвержденности доказательствами, предполагающей необходимость в ходе ее осуществления решить вопрос о достаточности собранных доказательств, суд вправе только после удаления в совещательную комнату для постановления приговора. Следовательно, до этого момента в принципе невозможно прекращение судом особого порядка судебного разбирательства в связи с возникновением у суда сомнений в виновности обвиняемого, обусловленных недостаточностью собранных по уголовному делу доказательств.

⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 16.03.2006 № 79-О. Available at: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision15101.pdf> (дата обращения: 10.11.2023)

⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 23.06.1999 № 5-П; определение от 02.07.2009 № 1009-О-О и др. Available at: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30375.pdf>, <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision19231.pdf> (дата обращения: 10.11.2023)

Положения, позволяющие дифференцированно подходить к определению степени достоверности доказательств, равно как и стандарты доказанности фактических обстоятельств, которые бы позволяли применительно к процедуре доказывания оперировать вероятностными категориями, нормативно не закреплены. Анализ позиций КС и ВС показывает отсутствие в правовом регулировании разработанной системы критериев, предназначенных для выявления и учета при принятии процессуальных решений, требующих фактического обоснования входящими в предмет доказывания по уголовному делу обстоятельствами, степени достоверности доказательств, свидетельствующих о наличии либо отсутствии этих обстоятельств с вероятностью, или степени вероятности их наличия либо отсутствия. Отсюда следует, что в российском уголовном процессе оценка доказательству с точки зрения достоверности может быть дана судом исключительно при разрешении уголовного дела. С этим согласуется мнение П.А. Лупинской: «только оценка доказательств в их совокупности может привести к правильному выводу о достоверности или недостоверности конкретного доказательства» [Лупинская П.А., 2002: 8].

Суд вправе по собственной инициативе прекратить особый порядок рассмотрения уголовного дела и перейти в общий. Но использовать это право на практике суд может лишь при основаниях, предусмотренных законом, поскольку иначе принимаемое им решение носило бы откровенно произвольный характер. В то же время противоречивость относящихся к обвинению доказательств не отнесена к обстоятельствам, образующим соответствующее основание. Поэтому нормативное закрепление названного полномочия не служит гарантией вынесения судом правосудного приговора.

Согласно ч. 1 ст. 88 УПК каждое доказательство, имеющееся в уголовном деле, должно оцениваться по нескольким критериям: относимости, допустимости, достоверности. Все доказательства в совокупности должны быть достаточными для решения дела. При этом суд обязан оценивать доказательства самостоятельно и независимо, основываясь на законе и совести, не придавая заранее установленной силы каким-либо из них. Однако данные положения, во взаимосвязи применяемые судом, разрешающим дело в особом порядке судебного разбирательства, противоречат необходимости соблюдения им требования непротиворечивости доказательств, относящихся к обвинению. Когда такие доказательства имеются, на суд, выносящий приговор, по сути, возлагается обязанность нарушить установленный этим требованием запрет на проведение оценки их достоверности, в результате чего при осуждении лица принцип

презумпции невиновности оказывается нарушенным. Поэтому подобное регулирование, устанавливающее необходимость использования судом ненадежной процедуры доказывания, как раз и лишает подсудимого в указанных случаях гарантий справедливого правосудия, не обеспечивая ему действенной защиты от судебной ошибки.

Возможно ли восстановить нарушенные права осужденного в других стадиях процесса?

Закон не препятствует обжалованию законности приговора по доводам о существенном нарушении уголовно-процессуального закона, которое выразилось в нарушении требования непротиворечивости доказательств, относящихся к обвинению. Между тем, как разъяснено в п. 16 постановления Пленума ВС от 5.12.2006 № 60 «О применении судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел», суд апелляционной инстанции не вправе исследовать доказательства, подтверждающие либо опровергающие обвинение, поскольку приговор, постановленный без судебного разбирательства в общем порядке, не может быть обжалован в связи с несоответствием выводов суда фактическим обстоятельствам дела. Установление запрета на исследование таких доказательств, сформулированного в категорической форме, на практике влечет ограничение права на судебную защиту, поскольку исключает проверку доводов о несоблюдении указанного нами требования.

Таким образом, возможность обжалования приговора в вышестоящий суд (несмотря на практику отмен вынесенных в особом порядке приговоров судами апелляционной и кассационной инстанций) в рассматриваемом случае нельзя относить к эффективным средствам правовой защиты.

Заключение

Текстуальная незакрепленность в законе иного, помимо общего, порядка оценки доказательств, собранных по уголовному делу, обнаруживает в нем конституционно значимый пробел, порождающий неопределенность в вопросе о том, является ли при рассмотрении уголовного дела в особом порядке отсутствие противоречащих обвинению доказательств необходимым условием признания его обоснованным. Эта неопределенность, однако, нивелируется буквальным содержанием положений ч. 6 и 7 ст. 316 УПК, которые в системе нормативного регулирования позволяют суду, рассматривающему уголовное дело в особом порядке принятия судебного решения, устанавливать виновность подсудимого по результатам оценки до-

стоверности таких противоречащих обвинению доказательств, которые не были проверены в судебном заседании с участием сторон.

Такое правоприменение в условиях отсутствия норм, прямо устанавливающих право суда придавать наличию указанных доказательств значение обстоятельства, дающего основание прекратить особый порядок рассмотрения уголовного дела, предопределено, поскольку в соответствии с ч. 1 ст. 88 УПК тот же суд уполномочен давать оценку всем доказательствам при постановлении приговора, в частности с точки зрения достоверности и, значит, в том числе — противоречащим обвинению. В конечном итоге это приводит к разрешению уголовного дела посредством использования упрощенной, без проверки в судебном заседании с участием сторон расходящихся с обвинением доказательств, процедуры доказывания, чем нарушаются гарантии справедливого правосудия, обеспечивающие защиту от судебной ошибки и восстановление нарушенных прав.

Иными словами, в правовом регулировании особого порядка судебного разбирательства имеются предпосылки к тому, чтобы он применялся с нарушением принципов уголовной ответственности и назначения наказания в качестве аналога института сделок о признании вины, в результате приводил к снижению качественного уровня как досудебного, так и судебного производства, подвергая права и свободы граждан риску их нарушения.

Вполне вероятно, что в будущем текущий период будет вспоминаться подобно временам, когда конфликты разрешались по принципу ордалии. На движение в этом направлении указывают исключение в 2015 году приговоров, постановленных в особом порядке принятия судебного решения, из предусмотренного ст. 90 УПК правила преюдиции, а также изменения, внесенные в ст. 314 УПК в 2020 году, согласно которым из числа дел, рассмотрение которых возможно в особом порядке, были изъяты дела о тяжких преступлениях. Исходя из позиции группы депутатов Государственной Думы, инициировавших принятие соответствующих изменений в первом случае, в указанной процессуальной форме приговор по делу выносился без исследования доказательств, а вывод суда о виновности подсудимого основывался только на его собственном признании¹⁰.

По мнению автора второго законопроекта — ВС дела о преступлениях указанной категории ввиду их повышенной общественной

¹⁰ См.: абз. 1 пояснительной записки к проекту № 490833-6 федерального закона «О внесении изменений в статью 90 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», впоследствии принятого Государственной Думой (Федеральный закон от 29.06.2015 № 191-ФЗ).

опасности, как правило, являются особо сложными, затрагивают интересы значительного числа потерпевших, вызывают общественный резонанс и освещаются в средствах массовой информации, что требует установления на законодательном уровне высокой степени процессуальных гарантий справедливого правосудия. Обеспечить такие гарантии можно только при рассмотрении дела в общем порядке судебного разбирательства в условиях действия принципа непосредственности и устности исследования доказательств в судебном заседании¹¹. Если перечисленные поправки отражают общую тенденцию, тогда разумно ожидать появления субъекта, наделенного правом законодательной инициативы, пониманию справедливости которого будет соответствовать высокая и равная для всех степень процессуальных гарантий при рассмотрении дел о любом преступлении. Совпадение такой позиции с позицией законодателя приведет к ликвидации института особого порядка принятия судебного решения.

Результаты исследования не позволяют утверждать, что при конструировании своих предписаний законодатель подразумевал возможность осуществления судом произвольного правоприменения в особом порядке. Скорее всего, он ошибочно исходил из исключаемости ситуаций, подобных рассматриваемой нами, самим судом. Поэтому выявленный дефект во всяком случае подлежит устранению посредством нормативного закрепления требования отсутствия в уголовном деле, рассматриваемом в особом порядке принятия судебного решения, противоречащих обвинению доказательств в качестве обязательного условия признания этого обвинения обоснованным, что стало бы дополнительной гарантией, обеспечивающей завершение судебного разбирательства постановлением правосудного приговора.

Автор полагает, что ст. 316 УПК необходимо дополнить ч. 7.1 следующего содержания: «Если по уголовному делу собраны доказательства, противоречащие обвинению, судья вправе признать его обоснованным только при условии, что вопрос о необходимости их исследования в общем порядке ставился на обсуждение сторон и по нему принято мотивированное решение продолжить рассмотрение дела в особом порядке». При таком регулировании само наличие подобных доказательств будет включено в число обстоятельств, вле-

¹¹ См.: абз. 4 пояснительной записки к проекту № 690652-7 федерального закона «О внесении изменений в статьи 314 и 316 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», впоследствии принятого Государственной Думой (Федеральный закон от 20.07.2020 № 224-ФЗ).

кущих — в качестве общего правила — появление у суда обязанности прекратить особый и перейти в общий порядок судебного разбирательства. Вопросы, способные вставать на практике в связи с наличием у суда возможности в порядке исключения из этого правила поступать в указанной ситуации по-другому, могут быть урегулированы Пленумом ВС в его официальных разъяснениях, в частности путем формулирования критериев, предназначенных для отнесения отдельных доказательств к очевидно ошибочным по своему содержанию и, следовательно, несущественным.



Список источников

1. Азаров В.А. Справедливость как первооснова равенства всех перед законом и судом в уголовном процессе России // Вестник Томского государственного университета. Право. 2022. № 43. С. 5–20. DOI: 10.17223/22253513/43/1.
2. Аширбекова М.Т. О двух истинах в уголовном процессе // Уголовная юстиция. 2018. № 11. С. 20–22. DOI: 10.17223/23088451/11/4.
3. Аширбекова М.Т., Зайцева Е.А. О существенных свойствах приговора // Вестник Томского государственного университета. Право. 2021. № 39. С. 21–28. DOI: 10.17223/22253513/40/3.
4. Брестер А.А. Об ошибочном отнесении особого порядка принятия судебного решения к уголовно-процессуальной деятельности // Актуальные проблемы российского права. 2015. №12. С.140–146. DOI: 10.17803/1994-1471.2015.61.12.140-146.
5. Веденеев Е.Ю. Роль презумпций в гражданском праве, арбитражном и гражданском судопроизводстве // Государство и право. 1998. № 2. С. 43–49.
6. Вилкова Т.Ю. Принцип презумпции невиновности: история, современность, перспективы. М. : Юрайт, 2018. 173 с.
7. Дикарев И.С. О роли суда в доказывании по уголовным делам, рассматриваемым в порядке главы 40 УПК Российской Федерации // Вестник военного права. 2020. № 2. С. 34–38.
8. Дорошков В.В. Особый порядок судебного разбирательства // Уголовное судопроизводство. 2010. № 3. С. 23–28.
9. Качалов В.И., Качалова О.В. Особенности доказывания при рассмотрении уголовного дела в особом порядке // Российское правосудие. 2022. №8. С. 83–89. DOI: 10.37399/issn2072-909X.2022.8.83-89.
10. Качалова О.В. Ускоренное производство в российском уголовном процессе: дис. ... д. ю. н. М., 2016. 482 с.
11. Качалова О.В., Качалов В.И. Право на справедливое судебное разбирательство и особый порядок судебного разбирательства: есть ли коллизия? // Вестник Томского государственного университета. 2019. № 45. С. 197–202. DOI: 10.17223/15617793/445/30.
12. Корнакова С.В., Щербаков В.А. Особый порядок судебного разбирательства при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением: гарантии справедливости постановления приговора // Сибирские уголовно-процессуальные и криминалистические чтения. 2017. № 4. С. 58–65.

13. Лупинская П.А. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. 2002. № 7. С. 5–8.
14. Марченко М.Н. (ред.) Общая теория государства и права: акад. курс. М.: Зерцало, 1998. Т. 2. 416 с.
15. Свиридов М.К. Судебная власть, ее проявления в уголовном процессе // Вестник Томского государственного университета. Право. 2018. № 27. С. 86–93. DOI: 10.17223/22253513/27/9.
16. Соколов О.В. Понятие оправдательного приговора как акта правосудия и особенности вступления его в законную силу // Вестник Владимирского юридического института. 2009. № 1. С. 157–159.
17. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 2. М.: Наука, 1970. 516 с.
18. Цуканов Н.Н. О критериях правовой презумпции // Законотворческая техника в современной России: состояние, проблемы, совершенствование: сб. статей / под ред. В.М. Баранова. Т. 2. Н. Новгород: Нижегородское книжное издательство, 2001. С. 502–510.



References

1. Azarov V.A. (2022) Justice as the basic principle of equality of all under the law and court in the criminal process of Russia. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo*=Tomsk State University Journal. Law, no. 43, pp. 5–20 (in Russ.)
2. Ashirbekova M.T. (2018) On the two truths in the criminal procedure. *Ugolovnaya yustitsiya*=Criminal Justice, no. 11, pp. 20–22 (in Russ.)
3. Ashirbekova M.T., Zaitseva E.A. (2021) Essential properties of the sentence. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo*=Tomsk State University Journal. Law, no. 39, pp. 21–28 (in Russ.)
4. Brester A.A. (2015) On wrongful referring of a special procedure of rendering a court holding to a criminal procedure. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*=Issues of Russian Law, no. 12, pp. 140–146 (in Russ.)
5. Dikarev I.S. (2020) On the role of the court in proving in criminal cases considered in accordance with Chapter 40 of the Code of criminal procedure of Russia. *Vestnik voennogo prava*=Bulletin of Military Law, no. 2, pp. 34–38 (in Russ.)
6. Doroshkov V.V. (2010) Special procedure of judicial proceedings. *Ugolovnoe sudoproizvodstvo*=Criminal Proceedings, no. 3, pp. 23–28 (in Russ.)
7. Kachalov V.I., Kachalova O.V. (2022) Features of proof when considering a criminal case in a special order. *Rossijskoe pravosudie*=Russian Justice, no. 8, pp. 83–89 (in Russ.)
8. Kachalova O.V. (2016) Accelerated proceedings in the Russian criminal process. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 482 p. (in Russ.)
9. Kachalova O.V., Kachalov V.I. (2019) The right to a fair trial and a special procedure: is there a conflict? *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo*=Tomsk State University Journal. Law, no. 45, pp. 197–202 (in Russ.)
10. Kornakova S.V., Shcherbakov V.A. (2017) Special procedure of judicial proceedings with the consent of the accused with the accusation: the guarantee of justice of sentencing. *Sibirskye ugolovno-processual'nye i kriminalisticheskie chteniya*=Siberian Criminal Procedure and Criminalistic Readings, no. 4, pp. 58–65 (in Russ.)

11. Lupinskaya P.A. (2002) Evidence and proof in a new criminal trial. *Rossijskaya yustitsiya*=Russian Justice, no. 7, pp. 5–8 (in Russ.)
12. Marchenko M.N. (1998) General theory of state and law: academic course. Vol. 2. Moscow: Zertsalo, 416 p. (in Russ.)
13. Sokolov O.V. (2009) The concept of an acquittal as act of justice and its entry into legal force. *Vestnik Vladimirskogo yuridicheskogo instituta*=Bulletin of Vladimir Law Institute, no. 1, pp. 157–159 (in Russ.)
14. Strogovich M.S. (1970) The course of the Soviet criminal process. Vol. 2. Moscow: Nauka, 516 p. (in Russ.)
15. Sviridov M.K. (2018) Judicial authority and its manifestation in criminal trials. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo*=Tomsk State University Journal. Law, no. 27, pp. 86–93 (in Russ.)
16. Tsukanov N.N. (2001) On the criteria of legal presumption. In: Lawmaking technique in modern Russia: state, issues, improvement: collection of articles. Vol. 2. Nizhny Novgorod: University, pp. 502–510 (in Russ.)
17. Vedeneev E. Yu. (1998) The role of presumptions in civil law, arbitration and civil proceedings. *Gosudarstvo i pravo*=State and Law, no 2, pp. 43–49 (in Russ.)
18. Vilkova T. Yu. (2018) *The principle of presumption of innocence: history, modernity, prospects*. Moscow: Yurait, 173 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

В.А. Филатьев — аспирант.

Information about the author:

V.A. Filatyev — Postgraduate.

Статья поступила в редакцию 18.07.2023; одобрена после рецензирования 17.01.2024; принята к публикации 20.07.2024.

The article was submitted to editorial office 18.07.2023; approved after reviewing 17.01.2024; accepted for publication 20.07.2024.

Научная статья

JEL: K 22; K 33

УДК: 341.94

DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.165.190

Расщепление договорного статута в стандартных договорах на внебиржевом рынке деривативов



**Алексей Петрович Клементьев¹,
Александра Сергеевна Касаткина²**

^{1, 2} Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия, 101000 Москва, Мясницкая ул., 20

¹ aklementiev@hse.ru, ORCID: 0000-0002-6598-507X, Researcher ID: B-3826-2016

² akasatkina@hse.ru, ORCID: 0000-0003-4215-2419, Researcher ID: K-4848-2015



Аннотация

В статье рассматривается расщепление договорного статута (*dépeçage*) как явление, получившее признание в международном частном праве, на примере стандартной документации для внебиржевых деривативов (производных финансовых инструментов), подготовленной Международной ассоциацией по свопам и деривативам (ISDA), Европейской банковской федерацией (EBF) и Комитета по валютным операциям (FXC). Рассматриваемая документация является комплексной и состоит из множества структурных элементов, таких как рамочный договор, приложение к нему, подтверждения по отдельным финансовым сделкам и приложения (договоры) о кредитной поддержке, на основе которых происходит передача финансового обеспечения. Эти элементы «архитектуры» документации образуют единое соглашение сторон в силу принципа единого договора. Право, применимое к рамочному договору, а следовательно, и единому соглашению в целом, определяется непосредственно приложением к нему. Однако при использовании приложений (договоров) о кредитной поддержке возможно расщепление договорного статута, поскольку применимое к этим документам право может отличаться

ся от права, избранного в отношении единого договора. Согласно сложившейся в доктрине и многочисленных источниках точке зрения, расщепление договорного статута является допустимым в той степени, в которой оно не ведет к противоречиям в виде применения двух разных правовых систем к одному и тому же вопросу.



Ключевые слова

дериватив; международное частное право; стандартная документация; единый договор; расщепление статута; *depeçage*; применимое право; финансовое обеспечение.

Для цитирования: Клементьев А.П., Касаткина А.С. Расщепление договорного статута в стандартных договорах на внебиржевом рынке деривативов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 1. С. 165–190. DOI: 10.17323/2072-8166.2025.1.165.190

Law in the Modern World

Research article

Splitting of Contractual Statute In Standard Master Agreements in the Over-the-Counter Derivatives Market



Aleksey P. Klementyev¹, Aleksandra S. Kasatkina²

^{1, 2} National University Higher School of Economics, 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russian Federation

¹ aklementiev@hse.ru, ORCID: 0000-0002-6598-507X, Researcher ID: B-3826-2016

² akasatkina@hse.ru, ORCID: 0000-0003-4215-2419, Researcher ID: 4848-2915



Abstract

The article considers the splitting of the law governing clause as a phenomenon to a certain extent spread in international private law based on the example of standard documentation for derivatives (derivative financial instruments) elaborated by International Swaps and Derivatives Association (ISDA) and other industry organizations including the European Banking Federation (EBF) and Foreign Exchange Committee (FXC). The said documentation is complex in character and is comprised of various elements including the master agreement, schedule thereto, confirmations and credit support annexes (deeds) addressing the transfers of financial collateral. These elements of documentation comprise the single contractual arrangement between the parties by virtue of the single agreement principle. The law applicable to the master agreement and therefore to the single agreement as a whole is determined in the While using the standard documentation two basic scenarios are possible. However, whenever the credit support annexes (deeds) are used the parties may invoke *depeçage* as the law applicable to these instruments may be different from the law chosen with respect to the single agreement.

In line with the prevailing approach to the said phenomenon in the legal doctrine and the main sources of private international law, *depeçage* is acceptable on the condition that no discrepancies arise, especially in case when two distinct legal systems are applied to the same issue. At first glance, payments under derivative transactions and credit support instrument are separated from one another, although in the presence of an event of default and subsequent early termination of transactions under a master agreement contradictions may theoretically arise. To overcome the contradictions the parties to those contracts are recommended to advise legal opinions on the issues of netting and collateral available to the members of ISDA, EBF and FXC.



Keywords

derivative; conflict of laws; standard documentation; single agreement; splitting of the statute; *depeçage*; governing law; financial collateral.

For citation: Klementyev A.P., Kasatkina A.S. (2025) Splitting of Contractual Statute in Standard Master Agreements in the Over-the-Counter Derivatives Market. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 1, pp. 165–190 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.165.190

Введение

Расщепление применимого права (фр. *dépeçage*, нем. Spaltung des anwendbaren Rechts) в рамках одного и того же отношения, осложненного иностранным элементом, также известно как «юридическая биотехнология» [Мажорина М.А., 2012: 74]. Оно может затрагивать самые разные подотрасли международного частного права. Помимо договорного права расщепление статута также имеет место в семейном и наследственном праве, являясь довольно многозначным [Асосков А.В., 2016: 269]. Его допустимо использовать в отношении коллизионных привязок, непосредственно сконструированных законодателем (законодательное расщепление статута), а также в силу выбора сторон (расщепление статута по соглашению сторон) или в силу объективных обстоятельств, сложившихся в рамках существующего отношения, в котором наличествует иностранный элемент (фактическое расщепление статута) [Луткова О.В., 2016: 143]. *Dépeçage* исследуется не только в континентальной доктрине коллизионного права, но и разрабатывается учеными, представляющими научную школу прецедентного права. Последние именуют расщепление статута “picking and choosing” или “severance” [Van Galster G., 2016: 214].

Поскольку объем научной статьи не позволяет исследовать рассматриваемое явление во всей его полноте, в настоящей работе *dépeçage* изучается в ограниченном контексте. Во-первых, не исследуется расщепление коллизионных привязок, т.е. *dépeçage* на уров-

не коллизионной нормы. Таким образом, предметом исследования выступает расщепление статута, которое может произойти в результате выбора сторон или фактических обстоятельств, которые ведут к применению разных коллизионных норм в рамках одного и того же отношения. Во-вторых, обращено внимание на расщепление исключительно договорного, а не наследственного или семейного статута. В-третьих, будет изучено расщепление договорного статута, складывающееся в сугубо практическом контексте, а именно на примере стандартной документации для трансграничных сделок с деривативами (производными финансовыми инструментами, далее — ПФИ)¹, заключаемых вне организованных биржевых торгов.

Деривативы — коммерческие контракты, стоимостная оценка которых привязана к значению определенного показателя, в качестве которого могут выступать не только цены на товары, фондовые ценные бумаги и иностранную валюту, но и масса других показателей. Иностраный элемент в такого рода отношениях как правило присутствует очевидным образом — сторонами договора выступают юридические лица, имеющие разную национальную принадлежность². Помимо зависимости прав и обязанностей по деривативам от определенной величины, для них также характерен «удлиненный» срок исполнения [Benjamin J., 2007: 64], что предполагает длительность отношений, возникающих между участниками рынка ПФИ.

Разновидностями деривативов выступают свопы, опционы, фьючерсы и форварды, а также различные комбинации этих инструментов [Wood Ph., 1995: 207]. Некоторые из них могут обращаться как на бирже, так и заключаться вне организованных торгов (опционы, свопы), в то время как иные предназначены исключительно для бирж (фьючерсы) или только для внебиржевого рынка (форварды). Первоначально ПФИ получили развитие именно на бирже, хотя в настоящее время внебиржевой рынок характеризуется куда более значительными объемами торговли деривативами.

В правовом аспекте фундаментальным отличием этих рынков друг от друга является достигнутый уровень унификации договорного регулирования совершаемых операций. Если на биржевом рынке ведущее место в области договорного регулирования заключения, ис-

¹ Также они известны как срочные сделки, срочные контракты, финансовые инструменты срочных сделок, деривативные «продукты».

² Например, российский и иностранный банки или же российский банк и иностранная компания, входящая в российскую финансово-промышленную группу. Возможно также заключение деривативных сделок российскими юридическими лицами и иностранными банками.

полнения и прекращения сделок ПФИ занимают соответствующие биржевые правила³ и положения, принятые клиринговыми организациями⁴, то применительно к внебиржевым инструментам приходится констатировать отсутствие единого органа, ответственного за договорное регулирование сделок с деривативами. Роль «биржи для внебиржевого рынка» в сфере договорной унификации берут на себя профессиональные организации [Benzler M., 1999: 37], которые осуществляют своего рода кодификацию обычаев, сложившихся среди финансистов [D'Hollander J., 1996: 401]. Их стандартные формы включают рамочные соглашения, используемые для установления договорных условия, применяемые к определенному классу сделок между двумя сторонами, а также множество иных документов.

Наиболее известным во всем мире⁵ объединением такого рода выступает Международная ассоциация по свопам и деривативам (International Swaps and Derivatives Association; далее—ISDA). Влиянием в области разработки и продвижения стандартной документации также пользуются Европейская банковская федерация (European Banking Federation; далее—EBF) и Комитет валютных операций (Foreign Exchange Committee, далее—FXC). Договорная унификация на рынке внебиржевых деривативов может также быть осуществлена на основе контрактного права Китайской Народной Республики, что особенно актуально в современном российском контексте, когда иная документация становится недоступной или нежелательной в силу санкционных ограничений. Подчиненные праву КНР стандартные договоры разрабатываются Национальной ассоциацией институциональных инвесторов на финансовых рынках Китая (National Association of Financial Markets Institutional Investors; далее—NAFMII), основанной по инициативе Народного банка КНР в 2007 г. в качестве некоммерческой организации, объединяющей стремительно растущие местные финансовые институты⁶.

³ См., например: Правила торгов Московской биржи. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.moex.com/s182> (дата обращения: 27.05.2024)

⁴ См., например: Правила клиринга Национального клирингового центра, выступающего клиринговой организацией для торгов, проводимых на Московской бирже [Электронный ресурс]. URL: <https://www.nationalclearingcentre.ru/catalog/0204> (дата обращения: 27.05.2024)

⁵ [Электронный ресурс]: <https://www.inhouselawyer.co.uk/legal-briefing/isda-master-agreement-probably-the-most-important-standard-market-agreement-used-in-the-financial-world/> (дата обращения: 27.05.2024)

⁶ [Электронный ресурс]: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-531-6831?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-531-6831?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) По учредительным документам ассоциации ее целями являются служба интересам ее участников и

Типовые договоры упомянутых профессиональных ассоциаций для совершения операций с деривативами и обеспечения исполнения обязательств по сделкам ПФИ составляют эмпирическую базу настоящего исследования. В качестве нормативных источников авторы в первую очередь используют раздел VI Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), содержащий отечественные нормы международного частного права. Субсидиарными источниками выступают Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г. (далее — «Римская конвенция»)⁷, Регламент № 593/2008 Европейского парламента и Совета Европейского союза «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам»⁸ (далее — «Регламент Рим I»), и Закон Швейцарии о международном частом праве (далее — “IPRG”)⁹, а также Принципы выбора права в международных коммерческих контрактах Гаагской конференции по международному частному праву (далее — «Принципы ГКМЧП»)¹⁰.

1. Основы деятельности ISDA, EBF, NAFMII и FXC

Присутствие на финансовом рынке стандартных договоров профессиональных федераций, ассоциаций и комитетов, к числу которых следует отнести ISDA, EBF, NAFMII и FXC, отнюдь не означает, что стороны деривативных сделок лишены возможности разработки и использования собственных «внутренних» форм соглашений. Однако в силу многочисленных преимуществ типовых договоров, таких как уменьшение транзакционных издержек [Fuchs F., 2013: 42]; [Böhm, 2001: 60], составление альтернативной документации теряет смысл и практически не находит места в сфере современных финансов. По-

продвижение стандартизированного и здорового развития рынка [Электронный ресурс]: <https://www.nafmii.org.cn/englishnew/aboutus/nafmiiconstitution/> (дата обращения: 27.05.2024)

⁷ Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations [Электронный ресурс]: <https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=1988024> (дата обращения: 27.05.2024)

⁸ Rome I Regulation (Regulation (EC) No 593/2008 Rome I Regulation (Regulation (EC) No 593/2008. [Электронный ресурс]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> (дата обращения: 27.05.2024)

⁹ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht. [Электронный ресурс]. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/de (дата обращения: 27.05.2024)

¹⁰ Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. [Электронный ресурс]. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> (дата обращения: 27.05.2024)

следними по времени принятия рамочными договорами ISDA, EBF, FXC и NAFMII являются соответственно: ISDA-2002 (ISDA-Master Agreement)¹¹, EMA-2020 (European Master Agreement)¹², IFXCO (International Foreign Exchange and Currency Option Master Agreement)¹³, NAFMII-2022 (NAFMII Master Agreement (Cross-border—2022 Version))¹⁴ (далее в совокупности — «Стандартные соглашения»).

Анализ указанных выше стандартных контрактов, по мнению авторов настоящей статьи, должен предваряться вводной информацией об организациях, их разработавших, с некоторым акцентом на международном характере их деятельности. Поскольку большинство внебиржевых деривативов в мире, несмотря на конкуренцию Китая, до сих пор подчинено документации ISDA [Bamford С., 2006: 45], целесообразно начать анализ именно с ее деятельности. Это профессиональное объединение привлекает к себе несравнимо большее внимание, чем другие профессиональные организации, действующие в интересах участников финансовых рынков. О деятельности ISDA регулярно пишут в прессе, ее договоры подробно комментируют судьи в своих решениях, а публикация новых договорных стандартов ISDA становится подлинным событием в мире ПФИ.

Штаб-квартира ассоциации находится в Нью-Йорке, поскольку она была основана по инициативе финансовых институтов, страной происхождения которых является США. Однако ISDA следует считать поистине глобальной ассоциацией, лоббирующей интересы участников финансовых рынков не только в Северной Америке, но и далеко за ее пределами. В настоящее время членами ISDA выступают около 1000 юридических лиц из 86 стран, к числу которых относятся как дилеры на рынках деривативов (в основном, банки и иные финансовые институты), так и профессиональные консультанты, а также конечные «потребители» финансовых «продуктов»¹⁵. Документация ассоциации не утратила окончательно актуальности для российского рынка, несмотря на наличие санкций. Банк России

¹¹ [Электронный ресурс]: <https://www.isda.org/book/2002-isda-master-agreement-mylibrary/> (дата обращения: 27.05.2024)

¹² [Электронный ресурс]: <https://www.ebf.eu/home/european-master-agreement-ema/> (дата обращения: 27.05.2024)

¹³ [Электронный ресурс]: https://www.newyorkfed.org/medialibrary/microsites/fxc/files/ifxco_adherence.pdf

¹⁴ [Электронный ресурс]: <https://www.nafmii.org.cn/ggtz/gg/202208/P020220831632138066172.pdf> (дата обращения: 27.05.2024)

¹⁵ Здесь и далее информация с сайтов EBF ([Электронный ресурс]: <https://www.ebf.eu>), FXC: <https://www.newyorkfed.org/fxc/>) и ISDA: <https://www.isda.org>).

не исключил ее соглашения из перечня признаваемых договоров, а споры из них регулярно рассматриваются в российских судах¹⁶.

Рынок деривативов и свопов, выступающий основным полем деятельности ISDA, характеризуется не только большим объемом, но и поражающим воображение разнообразием применяемых инструментов. На валютном деривативном рынке (foreign exchange derivatives market) применяются договоры купли-продажи валюты на срок (поставочные форварды), расчетные форварды и опционы, базовым (базисным) активом которых являются иностранная валюта. На более широком рынке деривативов используются инструменты не только на валюту, но и на ценные бумаги (акции и облигации) и традиционные биржевые товары (нефть, газ, металлы, зерно). Более того, роль базисного актива могут выполнять экономические и статистические показатели, такие как инфляция и биржевые индексы. Последней инновацией деривативного рынка стали производные инструменты, базовым активом для которых выступают криптовалюты и иные цифровые активы¹⁷.

По этой причине ISDA за несколько десятков лет разработала множество разнообразных документов, включая рамочные договоры (master agreements), стандартные условия (definitions), приложения, протоколы, документы о кредитной поддержке. Не ограничившись инструментами договорного характера, ISDA выступила автором нескольких модельных актов, обнародованных в 1996, 2002, 2006 и 2018 гг. и значительно повлиявших на правовое регулирование индустрии деривативов в самых разных странах, включая Россию. Также ISDA излагает свою позицию в ходе резонансных судебных процессов, в которых тем или иным образом трактуются положения ее документации.

ЕВФ, будучи «голосом» европейского банковского сектора, не настолько известна в финансовых кругах, как ISDA, но пытается кон-

¹⁶ См., например: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 14.03.2024 № Ф07-836/2024 по делу № А56-103943/2023 Постановление ФАС Уральского округа от 17.08.2011 № Ф09-4954/11 по делу № А60-33632/10 Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 01.11.2010 № 07АП-115/10(7) по делу № А45-11142/09 Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 29.12.2014 № 09АП-37185/2014, 09АП-43259/2014 по делу N А40-143354/13 Постановление ФАС Уральского округа от 17.08.2011 № Ф09-4954/11 по делу N А60-33632/10 Решение Арбитражного суда Москвы от 11.07.2016 по делу № А40-442/15-39-2.

¹⁷ [Электронный ресурс]: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/78f9b47f/an-insight-into-the-new-isda-digital-asset-derivatives-definitions> (дата обращения: 27.05.2024)

курулировать с нею в договорном регулировании финансовых рынков. ЕВФ объединяет банковские союзы и ассоциации стран Европы, косвенно представляя 3.500 банков, в которых занято более 2 млн. европейцев. В отличие от ISDA, участниками ЕВФ не могут являться стороны финансовых сделок, поскольку ЕВФ — «ассоциация ассоциаций», осуществляющая не прямое представление интересов кредитных организаций. Другим отличием ЕВФ от ISDA выступает географический характер ее деятельности. Хотя банковское объединение Турции и является полноценным участником ЕВФ, а банковские союзы Армении и Азербайджана получили ассоциированное членство в организации¹⁸, сфера ее деятельности все же преимущественно ограничена рамками Европейского континента.

ФХС основан в 1978 году под патронажем Федерального резервного банка Нью-Йорка, в свою очередь являющегося частью Федеральной резервной системы США, выполняющей функции центрального банка. Представители Федерального резервного банка Нью-Йорка входят в органы управления ФХС по должности. Другими участниками ФХС являются физические лица, представляющие тот или иной влиятельный финансовый институт, что также отличает эту организацию от ISDA и ЕВФ. Таким образом, деятельность ФХС по сравнению с ISDA и ЕВФ имеет «квазипубличный» характер. В настоящее время ее председателем является деятель крупнейшего в мире инвестиционного фонда «Блэк Рок»¹⁹. Среди членов организации есть сотрудники американских коммерческих и инвестиционных банков «Голдман Сакс», «Морган Стэнли», «Ситигруп», «Дж.П. Морган», «Банк оф Америка», английского «Барклайз банк», а также французского «Сосьете женераль». ФХС не только обеспечивает руководство и лидерство на мировом валютном рынке, но и активно сотрудничает с местными валютными комитетами и ассоциациями по всему миру.

В деятельности NAFMII ощущается своего рода китайский «подчерк», поскольку она не ставит задачей объединять участников деривативного рынка из разных юрисдикций. Напротив, увидевшее свет в 2009 г.²⁰ первое рамочное соглашение NAFMII, подчиненное праву КНР и направленное на унификацию договорного регулирования

¹⁸ [Электронный ресурс]: <https://www.ebf.eu/about-us/> (дата обращения: 27.05.2024)

¹⁹ [Электронный ресурс]: <https://www.newyorkfed.org/fxc/about> (дата обращения: 27.05.2024)

²⁰ [Электронный ресурс]: https://www.asifma.org/wp-content/uploads/2018/05/nafmii_master_agreement_2009.pdf (дата обращения: 27.05.2024)

на рынке внебиржевых деривативов, предусматривало отношения исключительно между сторонами, зарегистрированными непосредственно в КНР. Такой договор не был рассчитан на трансграничное применение, а соответственно не может представлять интерес в контексте расщепления договорного статута. Нацеленное на использование для сделок из внебиржевых деривативов между китайскими и иностранными сторонами генеральное соглашение NAFMII 2022 увидело свет спустя тринадцать лет — к 2022 г. китайский финансовый рынок продемонстрировал степень развития, необходимую для разработки трансграничного договора.

2. Стандартные соглашения ISDA, EBF, NAFMII и FXC и вопросы применимого права

Важнейшая точка приложения усилий названных ассоциаций — договорная унификация на финансовых рынках в интересах их участников. В центре этой унификации находится тот или иной рамочный договор (генеральное соглашение), опубликованный соответствующим профессиональным объединением и состоящий из типового договора и приложения к нему. Типовой договор фактически выполняет роль примерных условий, которые распространяются на отношения сторон и при необходимости уточняются путем оформления подтверждения. Посредством подписания такого комплекта документов участники международных финансовых рынков устанавливают основы отношений, дают друг другу заверения и гарантии, фиксируют обязательства, договариваются о способах коммуникации и порядке расчетов. Такие соглашения также включают события дефолта (events of default) и прекращения (termination events), которые позволяют досрочно прекратить все или часть операций со стороны рамочного договора.

Отдельные сделки с деривативами, подчиненные условиям стандартных рамочных договоров, заключаются путем обмена подтверждениями²¹, содержащими коммерческие условия форвардных контрактов, сделок своп и опционных договоров. Дополнением к рамочным договорам служат приложения и протоколы, используемые для обеспечения, приведения стандартной документации в соответствие с требованиями законодательства и для достижения иных

²¹ См. пример заполненного подтверждения в рамках соглашения ISDA Master Agreement (Multicurrency—Cross Border) между Bank of America и Goal Capital Funding Trust 2007-1 [Электронный ресурс]: <https://www.newyorkfed.org/fxc/about> (дата обращения: 27.05.2024)

целей. Сами рамочные договоры также периодически обновляются, если этого требует изменившееся законодательное регулирование, коммерческая практика или резонансные судебные решения.

Необходим непосредственный анализ структуры Стандартных соглашений, построенных по формуле «подтверждение—приложение—рамочное соглашение». Соответствующие элементы этой формулы расположены в порядке убывания их юридической силы. При противоречиях между подтверждением и иными элементами этой структуры превалирует именно подтверждение, поскольку оно содержит наиболее специфические положения, непосредственно относящиеся к конкретным деривативным сделкам. Стандартные условия отдельных финансовых продуктов закрепляются в сборниках определений (definitional booklets), на которые делается отсылка в подтверждении. Данные элементы нуждаются в объединительном начале, которое воплощается в принципе «единого договора»²². В соответствии с ним все указанные выше элементы составляют единое соглашение, а стороны заключают сделки с деривативами, полагаясь на это положение.

П. Вернер, один из сотрудников ISDA, отмечает, что каждая сделка, заключенная на основе рамочного соглашения этой ассоциации, является не отдельным договором, а контрактом, инкорпорированным в единый договор путем отсылки [Werner P., 2012: 50]. Единое соглашение по сути является смешанным договором, содержащим в себе элементы разных соглашений. Помимо самого рамочного договора и приложений к нему в качестве таковых выступают форвардные контракты, опционные договоры и сделки своп в различных сочетаниях, т.е. те самые внебиржевые ПФИ, которые заключаются путем обмена подтверждениями. Такая система характерна для трансграничных стандартных договоров в отношении финансовых сделок в целом. Помимо документации внебиржевых ПФИ, она используется для сделок репо²³ и по договорам займа ценных бумаг²⁴. Ее же придерживаются авторы отечественной зарегистрированной в Банке России стандартной документации внебиржевых деривативов²⁵.

²² Section 1.2 IFXCO, Section 1(c) ISDA 2002, Section 1(4) EMA, Section 1(3) NAFMII 2022.

²³ [Электронный ресурс]: <https://www.icmagroup.org/market-practice-and-regulatory-policy/repo-and-collateral-markets/legal-documentation/global-master-repurchase-agreement-gmra/> (дата обращения: 27.05.2024)

²⁴ [Электронный ресурс]: <https://www.islaemea.org/gmsla-title-transfer> (дата обращения: 27.05.2024)

²⁵ [Электронный ресурс]: <https://naufor.ru/risda/> (дата обращения: 27.05.2024)

Поэтому право, избранное сторонами в рамочном договоре, будет регулировать единый «смешанный» договор целиком, включая как отдельные сделки, заключенные в качестве части единого договора, так и все приложения к рамочному договору, оформленные отдельными документами. Положения о применимом праве является характерной чертой Стандартных соглашений [Böger O., 2013: 237], позволяя участникам международных финансовых рынков опираться на принцип *lex voluntatis* и подчинять свои соглашения избранному праву. При необходимости подчинить отдельные элементы единого договора альтернативному праву, стороны могут оговорить это отдельно, предусмотрев специальное исключение в тексте подтверждения по конкретной сделке ПФИ или в ином документе.

ISDA-2002 содержит положения о применимом праве в отношении единого договора в приложении к этому рамочному соглашению. Если быть точными, то по разделу 13 ISDA-2002 данный документ подчинен праву, указанному в приложении, которое, в свою очередь, оставляет сторонам возможность выбора между английским правом и правом штата Нью-Йорк. Согласно путеводителю по договорам ISDA, выступающему авторитетным источником для целей толкования его положений [Gullifer L., 2021: 242], стороны должны внимательно обсудить возможность использования иного права в отношении единого договора, что делает такой выбор маловероятным. В последние годы наметился отход от применения исключительно общего права к сделкам ПФИ. В результате выхода Великобритании из Евросоюза ISDA обратила внимание на европейские рынки, выпустив формы договоров, регулируемых правом Ирландии²⁶ и Франции²⁷.

Аналогично ISDA-2002 соглашение IFXCO регулируется и подлежит толкованию по праву страны, указанной в соглашении о присоединении (Adherence Agreement)²⁸. Соглашение о присоединении играет в документации EBF ту же роль, что и приложение применительно к ISDA-2002. Соглашение о присоединении на выбор оставляет сторонам возможность применить к рамочному договору три альтернативы — право Японии, Нью-Йорка и английское право, что соответствует национальному праву ассоциаций, участвовавших в

²⁶ [Электронный ресурс]. <https://www.isda.org/book/2002-isda-master-agreement-irish-law-pdf/> (дата обращения: 27.05.2024)

²⁷ [Электронный ресурс]. <https://www.isda.org/book/2002-isda-master-agreement-french-law-pdf/> (дата обращения: 27.05.2024)

²⁸ См.: Section 10.1. Governing Law (Применимое право).

его создания. Что касается ЕМА-2020, то раздел 2(1) этого договора предусматривает, что стороны избирают применимое право к соглашению в приложении, однако если они не осуществляют такой выбор, то ЕМА будет регулироваться правом страны, в которой находятся офисы сторон. Соответственно, если такие офисы отсутствуют и стороны осуществляют заключение и исполнение финансовых сделок из разных юрисдикций, то применимое право определяют на основе коллизионных норм, которые сочтут применимыми суд или арбитраж, рассматривающий соответствующий спор.

Скорее всего в ходе применения коллизионных норм судьи или арбитры будут руководствоваться получившим распространение коллизионным принципом характерного исполнения (*characteristic performance*), который предусмотрен Регламентом Рим I²⁹, Римской конвенцией³⁰, IPRG³¹ и ГК РФ. Согласно п. 1 статьи 1211 ГК РФ при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора³². Важно, что для определения применимого права имеет значение не страна, в которой осуществляется характерное исполнение, а государство, в котором находится обычное место деятельности стороны по договору [Van Galster G., 2016: 221].

Необходимо обратиться к положениям о применимом праве, содержащимся в трансграничном договоре NAFMII. Раздел 20 Соглашения NAFMII-2022 носит название «Разрешение споров» и предусматривает, что применимое право может быть определено сторонами применительно к сделке в дополнении к договору (*Sup-*

²⁹ Статья 4 (1) Регламента «Рим I». 17. 06. 2008. Регламент (ЕС) № 593/2008

³⁰ Статья 4 (2) Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, заключена в Риме 19.06.1980 (с изм. от 17.06.2008). [Электронный ресурс]. Rome-convention.org (accessed: 24.06.2024)

³¹ Статья 117 IRPG.

³² Пункт 2 статьи 4 Регламента «Рим I» использует термин «характерное исполнение» для целей определения стороны, право которой будет применяться к договору в отсутствие положений о применимом праве. Суть принципа характерного исполнения состоит в том, что определяющее значение для договора имеют действия той стороны, которая получает плату за поставку товара, предоставление имущества в пользование, оказание услуг или производство работ. Иными словами, денежное исполнение не является характерным для договора и не принимается в расчет при определении применимого права, если иное прямо не предусмотрено соглашением сторон.

plement to NAFMII Master Agreement), который, по сути, выступает аналогом приложения к ISDA-2002. Если же стороны не сделали такой выбор, то рамочный договор и все сделки, заключенные на его основе, подчиняются праву КНР. Таким образом, авторы документации NAFMII предусмотрели определенную гибкость для пользователей китайского рамочного соглашения, что оправдано трудностями неизбежной в будущем конкуренции с ISDA³³.

3. Договоры о предоставлении обеспечения как основание для расщепления права, применимого к единому договору

Наиболее характерной ситуацией, в которой возникает расщепление договорного статута, является сценарий, при котором стороны договора достигли соглашения о применении разных правовых систем к их договорным отношениям. *Dépeçage* в этом случае является субъективным, поскольку непосредственно создается сторонами договорного обязательства в силу выбора сторон, т.е. происходит расщепление статута по соглашению сторон (Луткова О.В., 2016: 143]. В отличие от него объективный *dépeçage* является следствием применения коллизионных норм, а не воли сторон [Aubart A., 2013: 12]. На первый взгляд, проблема расщепления договорного статута не должна иметь место применительно к Стандартным соглашениям, поскольку приемы юридической техники, примененные их составителями, должны исключать ее возникновение. В этой логике ситуацию, при которой стороны ЕМА, офисы которых находятся в разных странах, почему-либо забудут указать в договоре применимое право, следует рассматривать как исключение.

В действительности же авторы стандартной документации сами создают условия возникновения *dépeçage*, действуя исключительно из благих побуждений. Для снижения рисков, возникающих из сделок ПФИ, профессиональные ассоциации на рынке ценных бумаг в дополнение к Стандартным соглашениям и иным договорам, публикуют документы для использования обеспечительных конструкций (*collateral arrangements*). Как следует из модельного законодательства ISDA, обеспечение (*collateral*) на рынке ПФИ характеризуется

³³ По свидетельствам специалистов, дилеры на рынке деривативов пока консервативно предпочитают придерживаться ISDA. [Электронный ресурс]. <https://www.risk.net/derivatives/7954962/chinas-cross-border-master-agreement-fails-to-excite-dealers> (accessed: 20.05. 2023).

разнообразием. Так, модельный закон ISDA 2018³⁴ предусматривает открытый перечень обеспечения, включая денежные средства в любой валюте, ценные бумаги любых видов, гарантии, аккредитивы, обязательства по возмещению. Личное обеспечение может предоставляться в форме гарантий, которые в соответствии с английским правом выступает разновидностью поручительства (suretyship) [Benjamin J., 2007: 56]. Стандартные соглашения содержат указание на возможность их применения³⁵.

В практике международных финансовых и кредитных рынков использование обеспечения может выглядеть следующим образом. Например, иностранная головная компания бизнес-группы может предъявить документ о личном обеспечении, чтобы выполнить требование банка, клиентом которого выступает ее дочернее компания в зарубежной юрисдикции, для осуществления кредитования. Аналогично собственник бизнеса вправе выступить поручителем по сделке, стороной которой выступает контролируемая им компания. Финансовый институт по запросу за соответствующую комиссию вправе предоставить банковскую гарантию в пользу контрагента своего клиента для обеспечения обязательств на рынке ПФИ. Однако такого рода обеспечение не будет уникальным явлением, так как оно имеет те же характеристики, что и в других коммерческих операциях за пределами финансового рынка. Сомнителен и его потенциал полного снижения возникающих из деривативных сделок рисков, поскольку стоимостная оценка деривативов чрезвычайно неустойчива и кредитору необходимо получить возмещение «здесь и сейчас».

Что касается ценных бумаг и денежных средств, применяемых в качестве обеспечения, то подобная практика заслуживает пристального внимания. На биржевых торгах в течение длительного времени была распространена конструкция, при которой участниками торгов перечисляется «начальная» и переменная «маржа» (initial and variation margin) для снижения рисков биржи или обслуживающей ее клиринговой палаты. Вплоть до настоящего времени участникам биржевых торгов для заключения долгосрочных сделок на бир-

³⁴ 2018 Model Netting Act of the International Swaps and Derivatives Association. [Электронный ресурс]. <https://www.isda.org/2006/03/30/model-netting-act/> (дата обращения: 31.05.2022)

³⁵ В частности, IFXCO предусматривает, что в качестве документа о кредитной поддержке могут выступать гарантия или любой документ, предусматривающий «поддержку» обязательств стороны рамочного договора. См.: Annex 1 to IFXCO. Аналогичные положения имеются и в ISDA 2002 и EMA 2020.

же требуется иметь первоначальный капитал в форме свободных денежных средств или ценных бумаг. С переоценкой обязательств, возникающих из биржевых сделок, участники торгов также обязаны делать периодические взносы при изменении курса базового актива финансовых сделок.

В иностранной доктрине обеспечение в виде финансовых активов, таких как денежные средства, инвестиционные ценные бумаги и права требования, получило известность как финансовое обеспечение [Benjamin J., 2007: 445]. Его использование вышло за пределы биржевых торгов³⁶ и стало характерным в отношениях по внебиржевым ПФИ. Будучи ведущей профессиональной организацией в этой области, ISDA приступила к применению конструкции финансового обеспечения для внебиржевого рынка деривативов в середине 1990-х гг., когда уже получили распространение ее договоры 1987³⁷ и 1992³⁸ гг., нуждающиеся в использовании гибких форм обеспечения. Уже в 1994 г. ISDA опубликовала приложение к рамочным договорам этой ассоциации, посредством которого сторонам была оставлена возможность передать обеспечение по деривативным сделкам с образованием залога в соответствии с правом штата Нью-Йорк³⁹. Поскольку другим крупнейшим мировым финансовым центром в то время являлся Лондон, в 1995 г. той же ассоциацией была подготовлена аналогичная документация по английскому праву: приложение

³⁶ Известны подобные конструкции и в российской договорной практике. На отечественных внебиржевых рынках деривативов для структурирования финансового обеспечения используется договорный инструмент, основанный на документации ISDA — Договор о порядке уплаты плавающих маржевых сумм. Он предполагает, что при изменении оценочной стоимости финансовых сделок одна из сторон договора направляет другой стороне уведомление о необходимости перечисления маржевой суммы, которая представляет собой своего рода обеспечительный платеж в отношении обязательств по договорам, возникающим из сделок, являющихся ПФИ. См.: Стандартные условия договора о порядке уплаты плавающих маржевых сумм 2011 г. [Электронный ресурс]. URL: <https://naufor.ru/risda/files/StandardTermsMarginTransfers2011.pdf> (дата обращения: 16.04.2023) Российский Альфа-банк, основываясь на данных стандартных условиях, разработал свой «кастомизированный» типовой договор о порядке уплаты плавающих маржевых сумм [Электронный ресурс]. URL: <https://alfabank.servicecdn.ru/site-upload/10/1e/1633/csa.pdf> (дата обращения: 27.05.2024)

³⁷ [Электронный ресурс]: <https://www.isda.org/book/1987-interest-rate-and-currency-exchange-agreement/> (дата обращения: 27.05.2024)

³⁸ [Электронный ресурс]: <https://www.isda.org/book/1992-isda-master-agreement-multi-currency/> (дата обращения: 27.05.2024)

³⁹ 1994 ISDA Credit Support Annex (Security Interest—New York Law) [Электронный ресурс]: <https://www.isda.org/book/1994-isda-credit-support-annex-security-int-law/> (дата обращения: 27.05.2024)

о кредитной поддержке (credit support annex)⁴⁰ и акт о кредитной поддержке (credit support deed)⁴¹.

Разница между приложениями и актами о кредитной поддержке (далее такого рода документы вне зависимости от опубликовавшей — «Документы о кредитной поддержке») имеет существенное значение. Если первый документ использует схему с передачей правового титула на перечисляемые денежные средства и ценные бумаги, то второй носит формально независимый от рамочного договора характер и построен с опорой на конструкцию залога, как она понимается в странах общего права. Документы о кредитной поддержке, применяемые в совокупности с механизмом ликвидационного неттинга (close-out netting), позволяют достичь максимально возможного снижения рисков, связанных с деривативными. Непонимание сущности этих обеспечительных документов может привести к серьезным последствиям, в особенности если оно предшествует финансовым кризисам, как это было при прекращении сделок, сторонами которых выступал инвестиционный банк «Леман Бразерс» накануне банкротства, а также испытывающие трудности в ходе финансового кризиса второй половины 2000-х гг. исландские банки [Parker E., McGarry A., 2009: 16].

Документы о кредитной поддержке по условиям Стандартных соглашений являются частью единого договора. Соответственно, если стороны будут использовать ISDA-2002, подчиненное английскому праву, и документ об обеспечении, подчиненный праву Нью-Йорка, то будет иметь место расщепление договорного статута. Равным образом возникновение *dépeçage* становится неизбежным, если для рамочного соглашения ISDA-2002 будет выбрано право Нью-Йорка, совмещенное с приложением или актом о кредитной поддержке по праву Англии и Уэльса. В результате одни положения единого договора будут регулироваться правом одной страны, в то время как иные его положения — правом другой юрисдикции. Аналогичный результат будет достигнут и если стороны EМА-2020 и IFXCO избе-

⁴⁰ По условиям приложения стороны ISDA MA имеют возможность поставлять друг другу «титовое» обеспечение в форме ценных бумаг и/или наличных денежных средств, стоимость которого включается в механизм ликвидационного неттинга согласно Разделу 6 ISDA-1992 и ISDA-2002 MA. ISDA-1995 Credit Support Annex (Transfer—English Law [Электронный ресурс]: <https://www.isda.org/book/1995-isda-credit-support-annex-english-law/> (дата обращения: 27.05.2024)

⁴¹ 1995 ISDA Credit Support Deed (Security Interest—English Law) [Электронный ресурс]: <https://www.isda.org/book/1995-isda-credit-support-deed/> (дата обращения: 27.05.2024)

рут разное право к рамочному договору и обеспечительным документам. Таким образом, ЕВФ⁴² и ФХС⁴³ также создают условия для расщепления договорного статута в своей документации для внебиржевого финансового рынка.

Согласно положениям NAFMII-2022 его стороны вправе использовать подчиненные китайскому праву обеспечительные документы (Performance Assurance Documents) на основе передачи правового титула на обеспечение (NAFMII Title Transfer Performance Assurance Document)⁴⁴ и с созданием залога (NAFMII Pledge Performance Assurance Document)⁴⁵. Соответственно NAFMII интегрировало в свой «комплект» документации финансового рынка обе модели финансового обеспечения. Также NAFMII 2020 содержит альтернативную опцию, состоящую в применении иных обеспечительных договоров (assurance arrangements). Такая гибкость уместна, поскольку китайская профессиональная ассоциация пока не достигла на международных финансовых рынках такого влияния, которое позволила бы навязывать иностранным контрагентам китайских финансовых институтов обеспечительные конструкции права КНР.

Вероятно, большинство контрагентов китайских финансовых институтов выберут именно третий, альтернативный, вариант. Обеспечительные документы NAFMII по китайскому праву, разработанные в 2009 г., не могли отразить некоторые современные тенденции в области подготовки такого рода инструментов. В то же время немецкие⁴⁶, французские⁴⁷ и швейцарские⁴⁸ банковские ассоциации

⁴² ЕМА Margin Maintenance Annex (Title Transfer) [Электронный ресурс]: <https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2020/06/EMA-Margin-Maintenance-Annex-2020.pdf> (дата обращения: 27.05.2024)

⁴³ ФХС 1999 Collateral Annex [Электронный ресурс]: <https://www.newyorkfed.org/fmlg/documentation/collateral.html> (дата обращения: 27.05.2024)

⁴⁴ [Электронный ресурс]. <https://www.nafmii.org.cn/zlgl/bzxy/bzxywb/jrys/201202/P020220121417597920633.pdf> (дата обращения: 27.05.2024)

⁴⁵ [Электронный ресурс]: <https://www.nafmii.org.cn/ggtz/gg/202208/P020220831632138066172.pdf> (дата обращения: 27.05.2024)

⁴⁶ Besicherungsanhang zu dem oben genannten Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte [Электронный ресурс]: https://bankenverband.de/files/2022-12/besicherungsanhang-44020_1001_muster.pdf (дата обращения: 27.05.2024)

⁴⁷ Contrat-cadre de Nantissement pour la marge initiale (MI) FBF/ISDA [Электронный ресурс]. <https://www.fbf.fr/fr/contrat-cadre-de-nantissement-pour-la-marge-initiale-mi-fbf-isda-le-contrat-cadre-de-nantissement/> (дата обращения: 27.05.2024)

⁴⁸ Besicherungsanhang zu Schweizer Rahmenvertrag für OTC-Derivate https://www.swissbanking.ch/_Resources/Persistent/a/3/b/f/a3bfe7bb73422a1bca2b6cdcc52b5d414ac82ffc/SBVg_OTC_Besicherungsanhang_DE.pdf (дата обращения: 27.05.2024)

готовят стандартные договоры для передачи финансового обеспечения по сделкам с деривативами на внебиржевом рынке и своевременно актуализируют их. В последние годы использование средств обеспечения в виде ценных бумаг и денежных средств перестало быть сугубо добровольным. В ряде случаев финансовое обеспечение является обязательным условием заключения сделок ПФИ⁴⁹. Поэтому ISDA не только доработала ранее опубликованные обеспечительные документы⁵⁰, но и несколько отошла от приверженности общему праву, разработав приложения о кредитной поддержке по праву Ирландии⁵¹, Японии⁵² и Франции⁵³. Такое многообразие Документов о кредитной поддержке делает применение некитайской обеспечительной документации совместно с NAFMII-2020 еще более вероятным.

4. Расщепление договорного статута при досрочном прекращении обязательств из внебиржевых сделок

Таким образом, налицо возможность расщепления договорного статута применительно к единому договору, который помимо Стандартного соглашения включает Договоры о кредитной поддержке. Современные источники коллизионного регулирования договорных обязательств, включая Римскую конвенцию, Рим I и Принципы ГКМЧП, поддерживают возможность расщепления договорного статута. Отмечается, что *dépeçage* выступает широко признанным в международном частном праве в качестве выражения принципа автономии воли [Новикова Т.В., 2020: 19]. В свою очередь начало ав-

⁴⁹ Обязательность использования обеспечения следует из решений Питтсбургского саммита стран «Большой двадцатки» 2009 г. [Электронный ресурс]. Available at: URL: russ.ru. mos/analysis/ob osnovnykh itogakh (дата обращения: 27.05.2024)

⁵⁰ См., например: 2016 ISDA Credit Support Annex for Variation Margin (VM) (Title Transfer — English Law) [Электронный ресурс]: <https://www.isda.org/book/2016-credit-support-annex-for-variation-margin-english-pdf/> (дата обращения: 27.05.2024)

⁵¹ 2016 ISDA Credit Support Annex for Variation Margin (VM) (Title Transfer — Irish law) [Электронный ресурс]. <https://www.isda.org/book/2016-isda-credit-support-annex-for-variation-margin-vm-title-transfer-irish-law/> (дата обращения: 27.05.2024)

⁵² 2016 ISDA Credit Support Annex for Variation Margin (VM) (Loan — Japanese Law) [Электронный ресурс]. <https://www.isda.org/book/2016-credit-support-annex-for-variation-margin-japanese-pdf/> (дата обращения: 27.05.2024)

⁵³ 2016 ISDA Credit Support Annex for Variation Margin (VM) (Title Transfer — French law) [Электронный ресурс]. <https://www.isda.org/book/2016-isda-credit-support-annex-for-variation-margin-vm-title-transfer-french-law-english-translation/> (дата обращения: 27.05.2024)

тономии воли, признаваемое большинством стран [Raech Ph., 2014: 421], стало поистине глобальным феноменом [Hook M., 2016: 2], охватив многие сферы международного частного права, в том числе находящиеся за рамками правового регулирования договоров.

П. 4 ст. 1210 ГК РФ предусматривает, что стороны договора могут выбрать не применимое право не только для договора целиком, но и для отдельных его частей. Регулирование различным правом разных частей смешанного договора проистекает и из п. 10 ст. 1211 ГК РФ. Пленум Верховного Суда России уточнил, что при этих обстоятельствах применимое право определяется отдельно для элементов различных договоров, из которых состоит такой смешанный договор. При этом стороны могут подчинить различные вопросы своих контрактных отношений праву разных стран; оговорить применимое право только в отношении части договора, но не всего договора; сослаться на право сразу двух государств как одновременно, так и альтернативно (в зависимости от страны, где будет рассматриваться спор), а также исключить применение права определенных стран, не указывая на право, подлежащее применению⁵⁴.

На первый взгляд перед нами как раз такая ситуация — единый договор носит смешанный характер, его основная часть регулируется одним правом, а обеспечительная другим. Однако ситуация способна измениться при неисполнении обязательств из-за дефолта или обстоятельств прекращения (termination events) как по самому Стандартному соглашению, так и по Документу о кредитной поддержке. В этом случае в зависимости от предпочтений «исправной» стороны может иметь место процедура ликвидационного неттинга (close-out netting), учитывающая как оценку стоимости обязательств, срок исполнения которых еще не наступил, так и денежное выражение нарушенных обязательств по поставке или платежу с истекшим сроком исполнения.

Так, IFXCO предусматривает, что суммы обеспечения подлежат взаимозачету (set-off) против оценки обязательств по сделкам в рамках генерального договора. Согласно ISDA-2002 и EМА-2020 сумма обеспечения включается в расчет нетто-суммы в рамках процедуры ликвидационного неттинга в качестве неуплаченных сумм (Unpaid Amounts) наряду с задолженностью по неисполненным сделкам⁵⁵.

⁵⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 №24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» // Российская газета. № 154. 17.07.2019.

⁵⁵ Section 6 ISDA 2002 также содержит концепцию Unpaid Amounts.

Суммы обеспечения являются неотъемлемым компонентом процедуры ликвидационного неттинга. Соответственно право разных стран (избранное в Стандартном соглашении и Договоре о кредитной поддержке) применяется к одному и тому же вопросу — процедуре прекращения сделок вследствие дефолта и при иных обстоятельствах аналогичного характера.

Таким образом, в документации по внебиржевым дериватам выкристаллизовывается «соглашение о неттинге» (netting agreement), которое регулируется разным правом и уже не является смешанным договором. М.В. Мажорина отмечает, что ситуация, когда разное право применяется к простому договору, не является оправданной⁵⁶. Аналогичный подход выработан и в английском праве, которое в целом не считает расщепление желательным [Azoulay K., 2021: 179]. По мнению английского суда, договор в своей полноте не может быть подчинен двум системам права [Rogerson P., 2013: 306]. В пояснительном докладе к Римской конвенции подчеркивается, что ряд экспертов при подготовке выступил против расщепления договорного статута, однако другие наблюдатели сочли расщепление выражением принципа свободы договора, которую трудно ограничить⁵⁷. Авторы доклада отметили, что применение разных договорных статутов не должно вести к противоречиям⁵⁸.

В словаре по европейскому частному праву отмечается, что расщепление статута имеет место, когда разные частичные вопросы (bestimmte Teilfrage) регулируются разными системами права [Basedow J., 2009: 70]. Соответственно, применение разного права к одному и тому же вопросу является противоречивым и не должно приветствоваться с точки зрения целей, которые преследует международное частное право как регулятор общественных отношений, осложненных иностранным элементом. Безусловно, коллизию, возникшую из рассматриваемого расщепления применимого права в отношении процедуры ликвидационного неттинга, будет решать

⁵⁶ [Электронный ресурс]: URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/vybor-primenimogo-prava-k-transgranichnym-smeshannym-i-nepoimenovannym-dogovoram> (дата обращения: 27.05.2024)

⁵⁷ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, and Paul Lagarde, Professor. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML) (дата обращения: 27.05.2024)

⁵⁸ Guiliano M., Lagarde P. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations // Official Journal of the European Communities. N 282 of 31 October 1980. P. 17.

суд, рассматривающий спор, возникший из Стандартных соглашений и обеспечительных договоров к ним.

В IFXCO инкорпорировано пророгационное соглашение, предусматривающее передачу споров на разрешение Суда Южного округа Манхеттена (Courts of New York State and United States District Court in the Borough of Manhattan), английских судов (courts of England) и Токийского окружного суда (Tokyo District Court). Государственные суды предлагаются спорящим сторонам в качестве места форума и в соглашении ISDA 2002. ЕМА 2020 предусматривает альтернативную оговорку о передаче споров не только на разрешение национальных судов, но и арбитража⁵⁹. Аналогичным образом предполагается, что споры из NAFMII-2022 будут рассматриваться по правилам постоянно действующего арбитражного учреждения⁶⁰. Соответствующий пункт соглашения гласит, что стороны NAFMII-2022 разрешают споры, требования и разногласия, возникающие из договора или в связи с ним, путем консультаций. Если же стороны не проведут консультаций или не придут по их итогам к согласию, в качестве применимых правил арбитража используются Arbitration Rules of China International Economic and Trade Arbitration Commission⁶¹.

В ходе работы над Принципами действия положений о ликвидации-онном неттинге УНИДРУА 2013 г. (Principes d'UNIDROIT concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation)⁶² эта влиятельная международная организация рассматривала возможность формулирования правового принципа, касающегося решения коллизийного вопроса в отношении процедуры ликвидационного неттинга. Однако, по свидетельству Ф. Паеча, в ходе финального заседания Комитета Правительственных экспертов весной 2013 г. принцип 9-й, содержащий модельную коллизийную норму применительно к неттингу, осложненному иностранным элементом, был удален из окончательной редакции столь важного документа [Paech Ph., 2014: 419]. Эксперты сочли нецелесообразным публикацию такого коллизийного правила. При этом рассматриваемый принцип был скорее

⁵⁹ Master Agreement for Financial Transactions (Special Provisions) [Электронный ресурс]. https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2020/06/EMA-Special-Provisions_-2020.pdf (дата обращения: 27.05.2024)

⁶⁰ Раздел 20(II) NAFMII-2022 [Электронный ресурс]. [news-china-expands-financing-tool-to](https://www.unidroit.org/fr/instruments/marches-financiers/resiliation-compensation/) (дата обращения: 27.05.2024)

⁶¹ При этом арбитражный трибунал будет состоять из трех арбитров, а решение арбитража будет окончательным и обязательным для сторон NAFMII-2022.

⁶² [Электронный ресурс]. <https://www.unidroit.org/fr/instruments/marches-financiers/resiliation-compensation/> (дата обращения: 27.05.2024)

направлен на поддержку автономии воли сторон, чем на установление отдельной коллизионной нормы⁶³. Его наличие в окончательной редакции Принципов действия положений о ликвидационном неттинге УНИДРУА 2013 г. не смогло бы стать подсказкой судьям или арбитрам в том, по какому пути следует двигаться при рассмотрении вопроса о коллизии положений о применимом праве в отношении Стандартных соглашений и Договоров о кредитной поддержке.

Авторы статьи видят три возможных подхода к разрешению данной проблемы:

выбор в пользу права, регулирующего единый договор в целом;

выбор в пользу права, регулирующего Документ о кредитной поддержке;

признание положений о применимом праве отсутствующими и использование коллизионных норм, которые сочтет применимыми суд или арбитраж.

Первый подход основан на том, что при возникновении *dépeçage* должно преобладать право, избранное сторонами в Стандартном соглашении. С одной стороны, такое решение выглядит оправданным, коль скоро процедура ликвидационного неттинга затрагивает всю совокупность сделок, совершенных на основе генерального соглашения. С другой стороны, оно нарушает сам иерархический принцип преобладания частного над общим, который заложен в самих Стандартных соглашениях. Вторая опция выглядит избыточной, поскольку она эквивалентна распространению права, применимого к обеспечительному договору на основной договор. Наконец, третий подход, выглядящий наиболее сбалансированным, чреват последствиями, если право, определенное на основе коллизионных норм, в принципе не способно в должной мере регулировать отношения, возникающие из Стандартных соглашений и Документов о кредитной поддержке.

Заключение

В статье рассмотрены вопросы, связанные с расщеплением договорного статута на международных рынках деривативов на примере

⁶³ “Principle 9 does not itself prescribe rules for identifying the law governing a close-out netting provision. Rather, the Principle describes the scope of the issues governed by this law, while leaving the determination of this law to the private international law rules of the implementing States.” See: Draft Principles regarding the enforceability of close-out netting provisions [Электронный ресурс] <https://www.unidroit.org/english/documents/2012/study78c/cge-02/cge-2-inf01-e.pdf> (дата обращения: 27.05.2024)

стандартной документации ведущих международных организаций в области финансовых рынков. В силу комплексного характера такой документации выявлено два случая расщепления договорного статута — несовпадение права, применимого к основным и обеспечительным документам при регулярном взаимодействии сторон и несовпадение при нарушении обязательств. Если первый случай признается допустимым, поскольку он касается разных положений смешанного договора, образуемого рассматриваемой документацией, то второй случай едва ли можно признать допустимым в силу неопределенности, которую он создает. Оптимальным решением могла бы послужить субсидиарная коллизионная норма, формулирование которой имело место при разработке Принципов неттинга УНИДРУА, однако авторы документа сочли ее работу излишней, оставив суды и арбитров, а также законодателя без соответствующего ориентира. Таким образом, судебной и арбитражной практике предстоит вырабатывать подход к разрешению указанной проблемы.



Список источников

1. Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: М-Логос, 2017. 640 с.
2. Луткова О.В. Расщепление статута в международном частном праве // Журнал российского права. 2016. № 4. 133–142.
3. Мажорина М.В. Выбор применимого права к трансграничным смешанным и непоименованным договорам // Журнал российского права. 2012. № 10. С. 72–81.
4. Новикова Т.В. Формулировка соглашения о применимом праве в контексте допустимости депежажа: обзор судебной практики // Юрист. 2020. № 5. С. 18–22.
5. Aubart A. Die Behandlung der dépeçage im europäischen Internationalen Privatrecht. Berlin: Mohr Siebeck, 2013. 248 S.
6. Azoulay K. Lex contractus or lex arbitri? The UK Supreme Court sets the rules on the law applicable to the arbitration agreement: *Enka v Chubb* [2020] UKSC 38 // Civil Justice Quarterly. 2021, no. 40, pp. 176–188.
7. Basedow J. Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts: Bd. 1: Abschlussprüfer-Kartellverfahrensrecht (A- Kar). Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. 964 S.
8. Benjamin J. Financial Law. Oxford: University Press, 2007. 654 p.
9. Benzler M. Nettingvereinbarungen im Auserbörglichen derivatehandel Nomosverlagsgesellschaft. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. S. 409.
10. D' Hollander J. L'émergence des produits dérivés: le cas du Québec // Les Cahiers de droit, 1996, vol. 37, no. 2, pp. 377–407.
11. Fuchs F. Close-out Netting, Collateral und systemisches Risiko: Rechtsansätze zur Minderung der Systemgefahr im außerbörslichen Derivatehandel. Berlin: Mohr Siebeck, 2013. 437 S.

12. Gullifer L. Interpretation of Market Standard Form Contracts // *Journal of Business Law*. 2021, no. 3, pp. 227–245.
13. Hook M. *The Choice of Law Contract*. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2016. 255 p.
14. Paech Ph. Close-Out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws // *Journal of Corporate Law Studies*. 2014, vol. 14, no. 2, pp. 419–452.
15. Parker E., McGarry A. The ISDA Master Agreement and CSA: close-out weaknesses exposed in the banking crisis and suggestions for change // *Butterworths Journal of International Banking and Finance Law*. 2009, no. 1, pp. 16–19.
16. Rogerson P., Collier J. *Collier's Conflict of Laws*. Cambridge: University Press, 2013. 514 p.
17. Van Galster G. *European Private International Law*. 2nd ed. Portland: Hart Publishing, 2016. 576 p.
18. Werner P. Close-out Netting and the World of Derivatives in Central and Eastern Europe and beyond — ISDA's Perspective. In: *Law in Transition. Developing Capital Markets*. London: European Bank for Reconstruction and Development, 2012, pp. 48–55.
19. Wood Ph. *Title Finance, Derivatives, Securitizations and Netting. Law and Practice of International Finance*. London: Sweet and Maxwell, 1995. 251 p.



References

1. Asoskov A.V. (2017) *Conflict of Laws Regulation of Contractual Obligations*. Moscow: M-Logos, 640 p. (in Russ.)
2. Aubart A. (2013) *Die Behandlung der dépeçage im europäischen Internationalen Privatrecht*. Berlin: Mohr Siebeck, 248 S.
3. Azoulay K. (2021) Lex contractus or lex arbitri? The UK Supreme Court sets the rules on the law applicable to the arbitration agreement: *Enka v Chubb* [2020] UKSC 38. *Civil Justice Quarterly*, no. 3, pp. 176–188.
4. Basedow J. (2009) *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts: Bd.1: Abschlussprüfer- Kartellverfahrensrecht (A- Kar)*. Tübingen: Mohr Siebeck, 964 S.
5. Benjamin J. (2007) *Financial Law*. Oxford: University Press, 654 p.
6. Benzler M. (1999) *Nettingvereinbarungen im Auserbörglichen derivatehandel Nomosverlagsgesellschaft*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 409 S.
7. D' Hollander J. (1996) L'émergence des produits dérivés: le cas du Québec. *Les Cahiers de droit*, vol. 37, no. 2, pp. 377–407.
8. Fuchs F. (2013) *Close-out Netting, Collateral und systemisches Risiko: Rechtsansätze zur Minderung der Systemgefahr im außerbörslichen Derivatehandel*. Berlin: Mohr Siebeck. 437 S.
9. Gullifer L. (2021) Interpretation of Market Standard Form Contracts. *Journal of Business Law*, no. 3, pp. 227–245.
10. Hook M. (2016) *The Choice of Law Contract*. Oxford: Bloomsbury Publishing, 255 p.
11. Lutkova O.V. (2016) The Splitting of Statute in International Private Law. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Russian Law Journal, no. 4, pp. 133–142 (in Russ.)
12. Majorina M.V. (2012) The Choice of Law with Respect to Mixed and Innominate Contracts. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 10, pp. 72–81 (in Russ.)

13. Novikova T.V. (2020) The Formulation of the Agreement on the Applicable Law in Context of *Depeçage* Admissibility. *Jurist=The Lawyer*, no. 5, pp. 18–22 (in Russ.)
 14. Paech Ph. (2014) Close-Out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws. *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 14, no. 2, pp. 419–452.
 15. Parker E., McGarry A. (2009) The ISDA Master Agreement and CSA: close-out weaknesses exposed in the banking crisis and suggestions for change. *Butterworths Journal of International Banking and Finance Law*, no. 1, pp. 16–19.
 16. Rogerson P., Collier J. (2013) *Collier's Conflict of Laws*. Cambridge: University Press, 514 p.
 17. Van Galster G. (2016) *European Private International Law*. Portland: Hart, 576 p.
 18. Werner P. (2012) Close-out Netting and the World of Derivatives in Central and Eastern Europe and beyond — ISDA's Perspective. In: *Law in Transition. Developing Capital Markets*. London: European Bank for Reconstruction and Development, pp. 48–55.
 19. Wood Ph. (1995) *Title Finance, Derivatives, Securitizations and Netting. Law and Practice of International Finance*. London: Sweet and Maxwell, 251 p.
-

Информация об авторах:

А.П. Клементьев — кандидат юридических наук, доцент.

А.С. Касаткина — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors:

A.P. Klementyev — Candidate of Sciences (Law), Assistant Professor.

A.S. Kasatkina — Candidate of Sciences (Law), Assistant Professor.

Конфликт интересов. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Conflicts of interests. The authors declare no conflicts of interests.

Статья поступила в редакцию 10.06.2024; одобрена после рецензирования 11.11.2024; принята к публикации 15.01.2025.

The article was submitted to editorial office 10.06.2024; approved after reviewing 11.11.2024; accepted for publication 15.01.2025.

Научная статья

JEL: K15

УДК: 341.9

DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.191.216

Децентрализованные автономные организации (ДАО): проблемы квалификации и выбора применимого права



Елена Александровна Крутий

Ивановский филиал Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Россия, 153002 Иваново, ул. Жиделева, 8,

ekrutij@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4201-5377>



Аннотация

Децентрализованные автономные организации (ДАО) получают все большую популярность в интернет-пространстве, а с ней — и признание в правовых системах различных государств. Данный процесс связан прежде всего с развитием криптоиндустрии, легализацией майнинга, в том числе в России. Майнинг может осуществляться субъектами как самостоятельно, так и путем объединения в майнинг-пулы, имеющие сходную с ДАО природу. Отличительной чертой данных организаций является децентрализованный характер процессов управления и функционирования, в которые оказываются вовлечены практически все участники сетевого сообщества. Деятельность ДАО носит трансграничный характер, что позволяет рассматривать ее в качестве специфического участника международных частных правоотношений. Данное правовое явление требует отдельного изучения таких проблем в МЧП, как квалификация ДАО и разрешение предварительного коллизионного вопроса, а также формулирование основных подходов к выбору применимого права. В статье на основе сравнительно-правового и формально-юридического методов выделены и рассмотрены квалифицирующие признаки ДАО: цифровая форма корпоративных правоотношений, децентрализованность, автономность, конфиденциальность и подчиненность *lex cryptographica*. Оптимальным решением предварительного коллизионного вопроса признается квалификация ДАО по праву страны, в которой она была создана. Если место учреждения ДАО установить невозможно, допускается ее квалификация по праву суда.

Выбор компетентного права ставится в зависимость от вида ДАО. В отношении цифровых юридических лиц и юридически оформленных элементов гибридной ДАО будут применяться традиционные коллизионно-правовые принципы. Правом, применимым к «чистой» ДАО, предлагается считать право, регулирующее лежащее в основе сетевого сообщества соглашение между его участниками. В свете указанных подходов предпринята попытка определить правовой статус ДАО и их коллизионно-правовое регулирование с точки зрения российского международного частного права. ДАО соотносится с такими известными нашему праву корпоративными формами, как простое товарищество, общественная организация без образования юридического лица и гражданско-правовое сообщество.



Ключевые слова

международное частное право; организация; квалификация; децентрализованная автономная организация; *lex cryptographica*; цифровое юридическое лицо; гибрид.

Благодарности: статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Крутий Е.А. Децентрализованные автономные организации (ДАО): проблемы квалификации и выбора применимого права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 1. С. 191–216. DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.191.216

Research article

Decentralized Autonomous Organizations (DAOs): Challenges of Qualification and Choice of a Law Applicable



Elena A. Krutiy

Ivanovo Branch, Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation, 8 Zhideleva Str., Ivanovo 153002, Russia, ekrutij@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4201-5377>



Abstract

Decentralized Autonomous Organizations (DAO) are becoming increasingly popular in the Internet space, and with it the recognition in the legal systems of various states. This process is primarily associated with development of the crypto-industry, legalization of mining, including in Russia. The mining can be carried out by entities both independently and by joining mining pools, which have a nature similar to a DAO. The distinctive feature of these organizations is the decentralized nature of management and functioning processes, in which almost all participants of the network community are involved. The activity of DAO is of a cross-border nature, which allows to consider it as a specific

subject of private international legal relations. This legal phenomenon requires a separate study of such problems in the PIL as the qualification of DAOs and the resolution of the subsidiary conflict of laws question, as well as the formulation of the main approaches to the choice of applicable law. On the basis of comparative-legal and formal-legal methods the following qualifying features of DAOs are identified and considered: digital form of corporate legal relations, decentralization, autonomy, confidentiality and subordination to *lex cryptographica*. The optimal solution to the subsidiary conflict of laws question is to qualify the DAO under the law of the country where it was created. If it is impossible to establish the place of the creation of the DAO, then its qualification by *lex forum* is permitted. The choice of the competent law depends on the type of DAOs. Traditional conflict of laws principles would apply to digital legal entities and legally constituted elements of a hybrid DAO. The law applicable to a “pure” DAO is proposed to be the law governing the underlying agreement between the participants of the network community. Taking into account these approaches, the author attempts to determine the legal status of DAOs and their conflict of laws regulation from the point of view of Russian private law. The DAO is correlated with such corporate forms known to the law as simple partnership, social organization without the status of a legal entity and civil law community.



Keywords

private international law; organization; qualification; decentralized autonomous organization; *lex cryptographica*; digital legal entity; hybrid.

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Krutiy E.A. (2025) Decentralized Autonomous Organizations (DAO): Challenges of Qualification and Choice of Law Applicable. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 1, pp. 191–216 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.191.216

Введение

Децентрализованная автономная организация (далее — ДАО) — новое социальное явление, связанное с объединением различных граждан и организаций в онлайн-сообщество ради достижения общей цели предпринимательского или иного характера. Современные ДАО занимаются выполнением как конкретных задач внедрения перспективных информационных технологий, так и глобальных (кажущихся пока фантастическими) задач. Так, Dash DAO, называющая себя первой в мире децентрализованной организацией, стремится масштабировать платежную систему с использованием собственной цифровой валюты Dash¹. На момент написания ста-

¹ Dash Ecosystem Overview. Available at: <https://media.dash.org/wp-content/uploads/Dash-Ecosystem-English-2022-05-11.pdf> (дата обращения: 10.10.2024). Слово «Dash» является аббревиатурой от «Digital Cash» («цифровая наличность»).

ть Dash DAO включала 3 280 активных участников — мастернод² с расположением узлов в 46 странах³. В то же время Asgardia DAO работает над созданием новой правовой платформы для исследования околоземного пространства и дальнего космоса с целью выживания человеческой цивилизации, включая создание условий рождения ребенка в космосе. Данная организация, объединяющая 1 118 270 участников, именуется цифровым государством, которое осуществило запуск спутника и претендует на членство в ООН⁴.

Вовлеченность в подобную сетевую деятельность лиц из различных государств придает ДАО трансграничный характер. Как отмечает швейцарский профессор Ф. Гийом, «ДАО по своей сути являются международными организациями (international entities), что требует первоначального анализа через призму международного частного права» [Guillaume F., 2023: 136, 139]. Споры с участием данного субъекта предполагают разрешение конфликта законов и юрисдикций. Однако отсутствие разработанного правового регулирования ДАО, ее функционирование в виртуальном пространстве без устойчивой связи с территорией государства порождает ряд проблем при обращении к традиционным институтам и доктринам международного частного права (далее—МЧП).

1. Проблема квалификации ДАО в МЧП

Децентрализованная автономная организация в широком смысле толкуется как новый тип онлайн-организации, управляемой посредством набора самоисполняемых правил, развернутых на публичном блокчейне, и объединяющей участников ради достижения общей

² Мастернод («полный узел») — операционный узел в блокчейне или его владельцы, которые работают на втором уровне сети Dash DAO, контролируя правильность блоков, сформированных майнерами на первом уровне сети, и оказывая дополнительные жизненно важные услуги по обеспечению конфиденциальности и мгновенности финансовых операций, а также вправе голосовать по вопросам управления организацией. См.: Основы мастернод. Available at: URL: <https://docs.dash.org/ru/stable/docs/user/masternodes/understanding.html#masternodes-vs-mining> (дата обращения: 10.10.2024)

³ See: Dash Blockchain Explorer. Available at: <https://blockchair.com/dash> (дата обращения: 10.10.2024); Как работает DASH DAO? Мастерноды и предложения. Available at: URL: <https://www.icolistingonline.com/ru/dash-101/how-dash-dao-works/> (дата обращения: 10.10.2024)

⁴ См.: Концепция «Асгардия—Космическая Нация». Available at: <https://asgardia.space/ru/site-map> (дата обращения: 10.10.2024); Конституция Космического королевства Асгардия. Available at: URL: <https://asgardia.space/assets/doc/constitution/russian.pdf> (дата обращения: 10.10.2024)

коммерческой или некоммерческой цели [Riva S., 2019/2020: 614]; [Hassan S., De Fillippi P., 2021: 2]. Она не является самостоятельной организационно-правовой формой и поэтому не охвачена специальным правовым режимом⁵. Иностраный элемент в ДАО может выражаться в иностранном участнике, использовании иностранного сервера, выпуске цифровых активов в иностранном государстве, распространении деятельности сообщества на зарубежный рынок.

Обращение к той или иной коллизионно-правовой норме напрямую зависит от квалификации ДАО. Унифицированный подход к определению данного объединения не сложился, поэтому необходимо выявить его характерные признаки для отграничения ДАО от известных праву традиционных юридических лиц и для классификации онлайн-организаций.

1.1. Квалифицирующие признаки ДАО

К ним следует отнести: цифровую, основанную на блокчейне, форму корпоративных отношений; децентрализованность; автономность; конфиденциальность; подчиненность правилам *lex cryptographica*.

Цифровая форма корпоративных отношений как внутри ДАО, так и при ее взаимодействии с внешним миром, базируется на технологии блокчейна. Блокчейн обеспечивает обработку и хранение данных о юридически значимых действиях (транзакциях) в системе узлов на различных компьютерах. На основе этой технологии оформляется вступление в сетевую организацию, принятие корпоративных решений, распределение вознаграждений между участниками, финансирование проектов, реализация произведенного продукта (токена или цифровой услуги). Данная техническая характеристика предопределяет остальные особенности организации.

Такие признаки, как децентрализованность и автономность, относятся в первую очередь к заложенной в ДАО новой модели управления.

Децентрализованный характер связан с «рассредоточением контроля и полномочий по принятию решений» в организации⁶. Как отмечает В.А. Кондырев, децентрализация имеет место в случае

⁵ Decentralized Autonomous Organizations. A scoping paper of the Law Commission of England and Wales on 11.07.2024, p. VI. Available at: <https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2024/07/DAOs-scoping-paper-110724.pdf> (дата обращения: 10.10.2024)

⁶ Ibid.

«отсутствия единственного центра принятия решений», т.е. при наличии хотя бы двух независимых центров [Кондырев В.А., 2018: 27]. Применительно к ДАО децентрализация означает «передачу контроля и полномочий по принятию решений от централизованного объединения (отдельного человека, корпорации или группы людей) в пользу рассредоточенной сети» [Binetti V.M., 2023: 13]. Средством децентрализации управления выступает так называемый распределенный консенсус — согласование политики или текущей деятельности организации путем голосования владельцев узлов на основе блокчейн-протоколов.

Корпоративное управление ДАО приобретает новое качество. В традиционных корпорациях компетенция распределяется между несколькими органами, образующими централизованную иерархическую структуру управления. Как правило, одни органы подчиняют себе другие, решения одних органов имеют большую юридическую силу, чем решения других. Основное достоинство управления ДАО — предоставление участникам равной возможности для влияния на организацию за счет использования децентрализованных информационных технологий.

Данная особенность отражена в Типовом законе COALA о ДАО, толкующем ее как программное обеспечение, «смарт-контракты, размещенные в системе публичного блокчейна без разрешения, которая реализует правила принятия решений и управления, оставляя множеству участников возможность децентрализованно координировать их действия»⁷. В одном из немногочисленных в рассматриваемой сфере судебных решений децентрализованность описана следующим образом: «ДАО позволяют «несвязанным сторонам» использовать программный код на блокчейне, не нуждаясь в «централизованном координирующем органе», а пользователям — «предпринимать действия по редактированию программного обеспечения с открытым исходным кодом»⁸.

Автономный характер ДАО связан, во-первых, с автоматически осуществляемой деятельностью на основе компьютерного кода (технический аспект), во-вторых, с отсутствием «излишнего внешнего

⁷ Model Law for Decentralized Autonomous Organizations. Available at: <https://coala.global/wp-content/uploads/2022/02/Essentials-Model-Law-of-Decentralized-Autonomous-Organizations.pdf> (дата обращения: 10.10.2024). Далее — Типовой закон о ДАО.

⁸ Commodity Futures Trading Commission v. Ooki DAO, 3:22-CV-05416-WHO.Dkt. No. 76. Filed 06.08.2023. Available at: <https://www.courtlistener.com/docket/65369411/commodity-futures-trading-commission-v-ooki-dao/> (дата обращения: 10.10.2024)

вмешательства» в жизнь онлайн-сообщества и «внутреннего (или централизованного) контроля» за деятельностью (управленческий аспект).

Конфиденциальность в ДАО означает состояние неизвестности конкретных ее участников, возможность сохранения их анонимности. Регистрация участников в системе блокчейна может осуществляться исключительно по публичным адресам в виде строк символов, без использования других персональных данных⁹.

Подчиненность ДАО правилам *lex cryptographica* обусловлена идеей о возможности существования группы и ведения ею деятельности вне традиционных, сложившихся в обществе социальных, политических и правовых систем. Функции данных систем создатели децентрализованной технологии заменили совокупностью протоколов, переведенных в код правил, развернутых поверх основанной на блокчейне сети [De Filippi P., Wright A., 2018: 205–206]. Частная, или негосударственная система правил, обеспечивающая взаимодействие участников сетевого сообщества на основе блокчейн-протокола (кода), получила название *lex cryptographica* [Мажорина М.В., 2019: 105]; [De Filippi P., Hassan S., 2017: 88–89]. Специфика регулирования ДАО проявляется в одновременном функционировании двух систем: законодательства и разработанной сообществом нормативной системы, самоопределимой и автономной, т.е. действующей независимо от государственного органа или иного централизованного контроля [De Filippi P., Wright A., 2018: 193, 206]. Правила *lex cryptographica* содержатся в Белых книгах, дорожных картах ДАО. Они описывают технические и теоретические условия применения алгоритмов, программных протоколов и компьютерных кодов, цели и задачи сообщества, структуру управления, систему распределения доходов, ответственность участников.

Например, внутрикорпоративная нормативная система Dash ДАО включает Белую книгу, предложения об улучшении криптовалют Dash и Bitcoin, оригинальную техническую концепцию Darkcoin¹⁰, техническую концепцию Instant Send¹¹, дорожную карту сообщества. В частности, в Белой книге Dash ДАО можно найти разделы о:

- преимуществах криптовалюты Dash;
- работе сети мастернод (главных узлов) и программе их вознаграждения;

⁹ Decentralized Autonomous Organizations. A scoping paper... pp. IV–V, XI.

¹⁰ Darkcoin — прежнее название криптовалюты Dash.

¹¹ Instant Send — технология обеспечения высокой скорости транзакций в сети Dash.

специальном алгоритме (коде) по выбору мастернод с учетом их вклада в работу сети;

условиях получения статуса владельца мастерноды (внесение обеспечения в размере 1 000 Dash);

порядке взаимодействия активных мастернод при проверке блоков транзакций;

анонимности и безопасности сети.

Предложение об улучшении сети Dash и ее дорожная карта в основном регулируют порядок запуска новой Dash Platform. Данная платформа будет базироваться на двух блокчейнах, что создаст дополнительные удобства пользователям и они смогут осуществлять платежные операции с криптовалютой практически с любого компьютера и гаджета¹².

Таким образом, *lex cryptographica* — негосударственная нормативная система, альтернативный источник МЧП и разновидность *lex informatica*¹³. С одной стороны, *lex cryptographica* конкурирует с отдельными национальными правовыми порядками, с другой — восполняет в них пробелы. Специальные законы о ДАО приняты только в некоторых государствах, а правовые институты и конструкции не всегда оказываются действенными. В целях продвижения новых централизованных технологий требуется адаптация *lex cryptographica* (в особенности, правил об организации корпоративного децентрализованного управления) в системах национального права.

1.2. Классификация ДАО

Перечисленные в предыдущем разделе признаки ДАО позволяют распространить данное понятие как на корпоративные, так и договорные объединения участников в сети. Наиболее значимой с точки зрения частного права является классификация ДАО в зависимости от степени децентрализации управления внутри сообщества. В рамках данного критерия Законодательная комиссия Англии и Уэльса выделила следующие виды ДАО: цифровые юридические лица (наименьшая степень децентрализации), гибридные и «чистые» ДАО (наибольшая степень децентрализации)¹⁴.

¹² Что такое Dash? Available at: <https://docs.dash.org/projects/platform/en/stable/docs/intro/what-is-dash.html> (дата обращения: 10.10.2024)

¹³ Под *lex informatica* понимается свод правил трансграничных электронных транзакций [Гетьман-Павлова И.В., 2024: 221–222].

¹⁴ Decentralized Autonomous Organizations. A scoping paper ... pp. 37–119.

Цифровые юридические лица — «структуры, в которых учрежденное юридическое лицо использует цифровые технологии путем применения смарт-контрактов или DLT как основы своей деятельности или управления»¹⁵. Данные организации характеризуются технически децентрализованным проведением корпоративных процедур, прежде всего процедуры принятия корпоративных решений. ДАО здесь выступает способом внутренней организации компании с использованием блокчейна, а также способом ведения деятельности в пространстве Web 3 [Guillaume F., 2023: 138].

В качестве цифрового юридического лица может выступать как традиционное юридическое лицо, так и новая организационно-правовая форма, разработанная законодателем специально для нужд ДАО. К последним относятся основанная на блокчейне ООО (Blockchain-based Limited Liability Companies, BLLC; штат Вермонт), ООО ДАО (DAO LLC; штаты Вайоминг, Теннесси), децентрализованное автономное общество (Маршалловы Острова) [Сидоренко Э.Л., 2024: 123–128], ДАО с ограниченной ответственностью (Limited Liability Decentralized Autonomous Organization, LLD; штат Юта)¹⁶, децентрализованная не инкорпорированная некоммерческая ассоциация (Decentralized Unincorporated Non-Profit Associations, DUNA; штат Вайоминг)¹⁷. ДАО, в которых код соответствует национальному законодательству, называют «регулируемыми ДАО» [Riva S., 2019/2020: 619].

Гибридные ДАО — «структуры, сочетающие основанную на смарт-контрактах координацию с преднамеренным использованием одной или нескольких правовых форм или отдельных юридических лиц»¹⁸. Данный вид объединяет несколько правовых форм, распределяя между ними корпоративный контроль. Юридическое лицо в составе гибридной ДАО выполняет часть управленческих и операционных функций, играя роль как называемой «юридической оболочки» (legal wrapper), в качестве которой, например, в Швейцарии чаще всего выступают ассоциации и фонды [Guillaume F., 2023: 138]. Хотя выбор гибридной формы неизбежно ведет к некоторой централизации управления, он вносит определенность в налоговые

¹⁵ Ibid., p. 39.

¹⁶ Decentralized Autonomous Organizations Act (Utah Code Ann. §48-5-101-406). House Bill, 2023, no. 357.

¹⁷ Wyoming Decentralized Unincorporated Nonprofit Association Act of 07.03.2024. Senate File, 2024, no. 50.

¹⁸ Decentralized Autonomous Organizations. A scoping paper... p. 39.

и иные обязательства ДАО, способствует соблюдению регулятивных требований к виду ее деятельности¹⁹.

«Чистые» ДАО — «структуры, реализуемые с помощью смарт-контрактов, с очень ограниченной внесетевой деятельностью, без регистрации юридической структуры и зачастую отвергающие (намеренно или иным образом) зависимость своего существования от закона и правовых институтов (хотя они все равно могут иметь правовые и регулятивные последствия)»²⁰. Для данного вида организаций характерна максимально возможная независимость от какой-либо юрисдикции, за что они получили название «ДАО—странников» («maverick DAOs») [Riva S., 2019/2020: 619].

«Чистая» ДАО может отвечать признакам полного товарищества или не инкорпорированной ассоциации, которые в ряде государств не являются юридическими лицами. Так, в Англии полное товарищество признается сугубо договорным объединением без самостоятельной правосубъектности. Если правом, применимым к ДАО в форме полных товариществ, окажется английское право, то солидарную ответственность по обязательствам такой онлайн-организации понесут ее участники—товарищи²¹.

Не инкорпорированная ассоциация (другой пример «чистой» ДАО) не обладает полной правосубъектностью, например, по праву США и Англии. Данная организация ведет деятельность через своих участников. По обязательствам такой ассоциации участники несут ответственность, которая может быть как полной (исчисляемой по правилам агентирования), так и ограниченной размером взносов. Кроме того, они могут выступать в качестве истцов и ответчиков в суде при рассмотрении споров, вытекающих из деятельности ассоциации.

Несмотря на немногочисленность судебной практики в этой сфере, уже имеется решение американского суда, признающее ДАО не инкорпорированной ассоциацией. Дело рассматривалось Федеральным окружным судом Северного округа Калифорнии по иску Комиссии торговли товарными фьючерсами (США) к Ooki DAO. Истец просил привлечь ДАО к ответственности за нарушение Закона о товарных биржах при проведении деривативных сделок с токенами. Квалификация крипто сообщества Ooki и определение его личного закона осуществлялись по праву места, где ответчиком велась фи-

¹⁹ Ibid., p. 13.

²⁰ Ibid., pp. 38–39.

²¹ Ibid., pp. 57–58.

нансовая деятельность, т.е. по праву Калифорнии. В соответствии с ним не инкорпорированная ассоциация — это «не инкорпорированная группа из двух или более лиц, объединенных по взаимному согласию для достижения общей законной цели, независимо от того, организована она для получения прибыли или нет»²². Таким образом, критериями определения такой ассоциации являются: наличие у группы общей цели и осуществление ею деятельности под общим названием.

Как установил суд, Ooki DAO указанные признаки были присущи. Организация являлась группой лиц, состоявшей из держателей токенов. Вступление держателей токенов в ДАО было добровольным, на что указывало отсутствие у участников возражений против передачи им в августе 2021 года контроля над базовым программным обеспечением платформы от прежнего владельца — общества с ограниченной ответственностью. В Ooki DAO имелась «общая законная цель», заключающаяся в управлении ДАО, в том числе через распределение средств из финансового фонда. Токены наделяли своих владельцев правом голоса по определенным управленческим решениям, включая приостановление или прекращение торговли на финансовом рынке, внесение изменений в программный протокол, распределение средств из фонда, ребрендинг ДАО²³.

Калифорнийский суд удовлетворил иск Комиссии по торговле товарными фьючерсами и привлек Ooki DAO к ответственности за нарушение Закона США о товарных биржах. Ввиду правового статуса не инкорпорированной ассоциации такое решение может повлечь в дальнейшем привлечение к ответственности самих держателей токенов²⁴.

2. Коллизионно-правовое регулирование ДАО: основные подходы

Выбору применимого к ДАО права традиционно предшествует разрешение предварительного коллизионного вопроса. Он заключается в установлении правовой природы ДАО и определении применимого при этом права. Решение данного вопроса осложняется

²² California Corporations Code § 18035 (a). 2023. Available at: <https://law.justia.com/codes/california/code-corp/title-3/part-1/chapter-1/section-18035/> (дата обращения: 10.10.2024)

²³ Commodity Futures Trading Commission v. Ooki DAO. Filed 12.12.2022...

²⁴ Ibid. Filed 06.08.2023... See also: Decentralized Autonomous Organizations. A scoping paper... p. 13.

различным отношением национальных правопорядков к сетевым сообществам. Как правило, вопрос, является ли ДАО организацией, решается по праву страны, где она была учреждена [Guillaume F., 2023: 139–140]. Если установить место учреждения ДАО не удастся, ее квалифицируют по праву, установленному на основании других субсидиарно применяемых привязок (по месту администрирования, наиболее тесной связи). Так, швейцарское МЧП допускает квалификацию ДАО без надлежащей инкорпорации по праву страны, откуда организацией управляют²⁵. Необходимым при этом условием является проживание всех обеспечивающих управление участников на территории одного государства [Guillaume F., Riva S., 2023: 9–10]. Если же речь идет о ДАО, к которой не применимы имеющиеся привязки (ДАО–странник), то ее правовая квалификация будет проведена по праву суда [Guillaume F., 2023: 139].

Правила квалификации юридических понятий при определении надлежащего права по отечественному МЧП сформулированы в ст. 1187 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ; ГК). Толкование понятий осуществляется по российскому праву, а при неизвестности ему какого-либо термина допускается обращение к иностранному праву. В связи с малой изученностью ДАО и их многообразием более удачным следует признать иной подход, выражающийся в квалификации по *lex causae*, т.е. по праву страны, с которой отношение наиболее тесно связано [Гетьман-Павлова И.В., 2024: 257–260]. Тогда онлайн-сообщество квалифицируется по праву страны, где оно возникло или с которой наиболее тесно связано исходя из фактических обстоятельств. Только при неприменимости *lex causae* по вопросам толкования понятия ДАО оправдано обращение к праву суда, т.е. российскому праву.

Коллизионно-правовое регулирование правового статуса ДАО зависит от вида онлайн-сообщества. Цифровые юридические лица, характеризующиеся наименьшей степенью децентрализации, учреждаются «в признанной правовой форме, но с особым акцентом на использование DLT и смарт-контрактов в управлении и/или операциях»²⁶. Соответственно, коллизионный вопрос применительно к данной ДАО решается на общих основаниях, как в случае с иными организационно-правовыми формами. Личный закон цифрового

²⁵ Ст. 154 Федерального закона Швейцарии от 18.12.1987 (ред. от 01.02.2021) «О международном частном праве». Available at: URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/20755> (дата обращения: 10.10.2024)

²⁶ Decentralized Autonomous Organizations. A scoping paper... pp. 13–14.

юридического лица будет определяться с учетом таких критериев, как место учреждения, оседлости, центра эксплуатации и контроля [Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В., 2007: 121]. В Российской Федерации правовой статус юридического лица подчинен праву страны, где оно учреждено²⁷. Личный закон ДАО как юридического лица будет отвечать на вопросы: какова правовая природа данного сетевого образования; каков состав и компетенция его органов; имеются ли должностные лица, уполномоченные действовать от его имени; несут ли ответственность участники по обязательствам организации; применимы ли к ней процедуры реорганизации и ликвидации и др.²⁸ В частности, если ДАО будет создана в форме вайомингской децентрализованной не инкорпорированной некоммерческой ассоциации (DUNA), применимым будет считаться право Вайоминга.

Аналогичным образом будет устанавливаться личный закон той организации или иной правовой формы, которая входит в состав гибридной ДАО и «оборачивает» часть ее структуры и деятельности.

Мультитерриториальность гибридной ДАО порождает множественность личных и иных статутов, подлежащих применению к различным ее частям. Данное явление видно на примере DASH DAO. В этом сетевом сообществе майнеры формируют распределенный реестр транзакций, а юридическая структура управления представлена четырьмя иными элементами: группой мастернод и тремя организационными структурами. Группа мастернод выполняет роль главного руководящего органа онлайн-организации, в компетенцию которого входит принятие решений по вопросам управления ДАО. Голосование мастернод проводится на основе смарт-контрактов.

Помимо группы мастернод, в управлении ДАО участвуют два юридических лица и траст: Dash Core Group, Inc., Dash Investment Foundation, Dash DAO Irrevocable Trust. Первая организация — Dash Core Group, Inc. (DCG) создана в американском штате Делавэр и является С-корпорацией. Она занимается стратегическим планированием, улучшением технологии и реализацией принятых группой мастернод решений. Этой компании принадлежат права на товарный знак «Dash». Вторая структура — безотзывный траст Dash DAO создан в Новой Зеландии. Он осуществляет доверительное управление акциями DCG и иными активами в пользу бенефициаров — мастернод. Мастерноды избирают ежегодно совет протекторов траста,

²⁷ П. 1 ст. 1202 ГК РФ.

²⁸ См., напр.: п. 3 ст. 1202 ГК РФ.

который в свою очередь формирует совет директоров в DCG, так как траст является владельцем ее акций. Совет протекторов обязан с учетом предложений мастернод инициировать изменение состава совета директоров корпорации. Благодаря описанным отношениям аффилированности траст предотвращает прекращение деятельности сетевого сообщества по решению разработчиков — участников DCG.

Третья организация — инвестиционный фонд (Dash Investment Foundation) зарегистрирован на Каймановых островах. Законодательство данной территории позволяет создавать фонды без бенефициаров и участников, что отвечает заинтересованности участников ДАО в сохранении анонимности. Инвестиционный фонд направляет средства на проекты, развивающие сеть Dash, вступает с этой целью в отношения с третьими лицами и в перспективе должен стать самокупаемой коммерческой структурой сообщества. Группа мастернод сохраняет корпоративный контроль над всеми тремя организациями, так как только она вправе принимать решения об их финансировании²⁹.

Каждая правовая форма, входящая в структуру Dash DAO, подчиняется помимо *lex cryptographica* (кода) собственному статуту. Личным законом Dash Core Group, Inc., определяемым по месту учреждения организации, будет выступать право Делавэра. Личным законом инвестиционного фонда Dash — соответственно право Каймановых островов.

Выбор права, применимого к трасту, основывается на ином подходе. Безотзывный траст Dash DAO, учрежденный в Новой Зеландии по английской модели, не является юридическим лицом. Однако лежащий в основе траста договор порождает правоотношения не только между его сторонами (учредителем и трасти), но и третьими лицами — бенефициарами, что сближает траст с организацией [Кондратьева Е.М., 2019: 46].

Коллизионно-правовое регулирование положения трастов предусмотрено в Гагской конвенции о праве, применимом к трастам, и их признании (1985)³⁰. По ст. 6 Конвенции траст регулируется правом, избранным (прямо или подразумеваемо) учредителем. Если применимое право не было избрано, то по ст. 7 траст регулируется правом,

²⁹ Dash Core Group Legal Structure Details. Available at: <https://www.dash.org/news/legal/> (дата обращения: 10.10.2024)

³⁰ Convention of 01.07.1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. Available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59> (дата обращения: 10.10.2024)

с которым он наиболее тесно связан в соответствии с названными в норме факторами.

В пункте 2 договора об учреждении траста Dash от 22.12.2017 надлежащим правом (*proper law*) названо право Новой Зеландии; споры, вытекающие из управления трастом, отнесены к компетенции судов данного государства. Правом на изменение компетентного права и юрисдикции наделены протекторы и трасти (после согласования с протекторами). Выбор иного надлежащего права не должен приводить к утрате юридической силы или неисполнимости положений о трасте, получению выгоды «исключенными» лицами (первоначальными доверительными управляющими, другими указанными трасти лицами), а также продлению срока действия траста³¹. Таким образом, выбор права после учреждения траста возможен при условии сохранения достигнутых договоренностей между заинтересованными лицами. Автономия воли сторон траста ограничена необходимостью учитывать интересы сети Dash, подчиняться ее целям.

Хотя траст основан на договоре, он имеет явное сходство с организацией без образования юридического лица: траст учреждается в результате передачи учредителем обособленного имущества, а протекторы и трасти наделяются полномочиями по управлению имуществом наподобие органов управления юридического лица. В России, не ратифицировавшей Гаагскую конвенцию о трастах, право, применимое к трасту, будет определяться на основании национальных коллизионных норм (вероятнее всего, по ст. 1203 ГК). В соответствии с этой статьей трасты, по аналогии с иностранными организациями без образования юридического лица, будут подчинены праву по месту учреждения [Касаткина А.С., 2016: 45–46]. Применительно к трасту Dash таким правом является новозеландское законодательство.

Наибольшие трудности вызывает выбор компетентного права при определении статуса «чистой» ДАО или юридически не «обернутых» элементов гибридной ДАО.

Современное коллизионное право во многом сформировалось под влиянием теории «оседлости» (Савиньи) и развивающей ее теории территориальной локализации трансграничного правоотношения. Данные доктрины предписывают устанавливать связь правоотношения с конкретной территорией, а значит и с действующим в ее границах правом, на основании того или иного критерия [Акимова Ю.М., 2015: 177–178], или связующего фактора. Концепция де-

³¹ Clause 11; clause 1.7 of the 5th Schedule of Deed of Settlement constituting the DASH DAO Irrevocable Trust on 22.12.2017. Available at: https://assets-global.website-files.com/5713afec1b6331b577731396/6282520934c76c32925251ea_DASH%20Deed%20of%20Settlement.pdf (дата обращения: 10.10.2024)

централизации управления в ДАО плохо согласуется с указанным принципом. Суть децентрализации в том, что в ДАО может быть множество равнозначных центров управления. Как правило, это исключает возможность отыскать фактор, связывающий организацию с территорией и юрисдикцией одного из государств. Современная доктрина оперирует термином «омниитерриториальность» («omniteritoriality») для описания «тех явлений, которые нельзя связать с конкретной страной, поскольку они имеют одновременные и одинаково действительные связи с юрисдикциями по всему миру»³².

Один из способов разрешения коллизии законов в отношении «чистых» ДАО предложен Законодательной комиссией Англии и Уэльса. По ее мнению, при определении права, применимого к вопросам создания, правовой природы и ответственности «чистых» ДАО, следует сосредоточиться на праве, регулирующем лежащий в их основе договор. Данный подход применим в двух случаях. Во-первых, он распространяется на ДАО, квалифицируемые в качестве полных товариществ и не инкорпорированных ассоциаций, не имеющих по английскому праву самостоятельной правосубъектности. В этом случае личный закон ДАО совпадает с обязательственным статутом договора, связывающего участников сетевого сообщества. Если же в соответствии с личным законом ДАО, например, в форме не инкорпорированной ассоциации, является правосубъектным лицом, то и в рамках иностранной (английской) юрисдикции она подлежит признанию в качестве иностранного юридического лица.

Во-вторых, право, регулирующее договор, будет единственно применимым к тем «чистым» ДАО, которые являются исключительно договорной конструкцией, основанной на агентском договоре, на соглашении об обслуживании пользователей или ином договоре, либо на совокупности договоров³³. Если собственно договорная ДАО не наделяется правосубъектностью в соответствии с обязательственным статутом, английское право (право суда) также вправе не признавать ее в качестве самостоятельного субъекта. Таким образом, обращение к договорному статуту для определения правового положения «чистых» ДАО оправдано, когда отношения ее участников полностью охватываются заключенным ими договором и отсутствует иная возможность определения места создания ДАО (например, по месту регистрации)³⁴.

³² Decentralized Autonomous Organizations. A scoping paper... pp. 218–219.

³³ Ibid., pp. 70–72.

³⁴ Ibid., pp. 236–239.

3. Проблемы коллизионно-правового регулирования ДАО в России

Актуальность коллизионно-правового регулирования ДАО возрастает в преддверии полной легализации майнинга в нашей стране³⁵. Вместе с легальной сетью майнеров на российской территории начнут появляться ДАО. Обращение к российскому праву при определении правового статуса ДАО оправдано, если онлайн-организация создается в России или если к созданной за границей ДАО невозможно применить иные коллизионные привязки (например, по месту учреждения).

С точки зрения российского гражданского права допустима квалификация «чистой» ДАО в зависимости от обстоятельств дела в качестве: простого товарищества; общественного объединения (общественной организации) без образования юридического лица³⁶; особого гражданско-правового сообщества.

Простое товарищество — договорное объединение двух или нескольких лиц (товарищей), соединяющих вклады и совместно действующих без образования юридического лица для достижения общей цели³⁷. Несмотря на договорную основу таких товариществ, они обладают признаками корпорации, что, например, подтверждается Общероссийским классификатором организационно-правовых форм. В данном акте простые товарищества отнесены к организациям, не являющимся юридическими лицами, наряду с представительствами, филиалами, паевыми инвестиционными фондами. Как определено в документе, «под простыми товариществами понимаются хозяйствующие субъекты без образования юридического лица, созданные на основе заключаемых по договору о совместной деятельности соглашений двух или нескольких лиц (товарищей), обязующихся соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной, не противоречащей закону цели»³⁸.

³⁵ Федеральный закон от 08.08.2024 № 221-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2024. № 33 (часть I). Ст. 4917. Положения Закона, касающиеся майнинга, вступили в силу с 01.11.2024.

³⁶ Ст. 3 Федерального закона от 19.05.1995 № 82-ФЗ (ред. от 08.08.2024) «Об общественных объединениях» // СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1930. Далее — Закон об общественных объединениях.

³⁷ П. 1 ст. 1041 ГК РФ.

³⁸ ОК 028-2012. Общероссийский классификатор организационно-правовых форм, утв. Приказом Росстандарта от 16.10.2012 № 505-ст (ред. от 14.03.2023) // СПС Консультант Плюс.

Как и полные товарищи, участники ДАО вносят имущественные и неимущественные вклады в общее дело при вступлении в сетевое сообщество. Они могут преследовать как коммерческую, так и некоммерческую (например, благотворительную) цель. Однако для квалификации чистой ДАО в качестве простого товарищества требуется также третий признак — намерения участников действовать совместно. Данный признак наиболее трудно доказуем, так как участники в ДАО обычно не знают друг друга и их участие часто анонимно. Кроме того, сторонами договора простого товарищества, заключаемого для предпринимательской деятельности, могут быть только индивидуальные предприниматели и коммерческие организации³⁹, что далеко не всегда присуще ДАО.

При квалификации ДАО в качестве простого товарищества компетентное право будет определяться на основании коллизионной нормы, предусмотренной для договора такого товарищества (договора о совместной деятельности). Генеральной коллизионной привязкой при этом выступает автономия воли сторон⁴⁰. При отсутствии выбора сторон надлежшим считается право страны, где в основном осуществляется деятельность такого товарищества⁴¹. Хотя подчинение простого товарищества обязательственному статусу не в полной мере отвечает его корпоративной природе, указанная коллизионная норма предполагает, по сути, обращение к критерию центра эксплуатации (места основной хозяйственной деятельности), который используется и при определении личного закона юридического лица.

Второй субсидиарно применяемой к договору привязкой выступает принцип наиболее тесной связи. Обращение к нему допускается в двух ситуациях. Первая возникает, если применение специально предусмотренной для договора привязки не дало ожидаемого результата и из всех обстоятельств дела явно вытекает, что договор более тесно связан с правом иной страны⁴². Вторая ситуация складывается, если критерий основного места осуществления деятельности товариществом не позволяет определить компетентное право⁴³. Так как ДАО действует преимущественно в Интернете, связь такой деятельности с территорией государства, как правило, не всегда поддается установлению. К возможным факторам, указывающим на тес-

³⁹ Ст. 1041 ГК РФ.

⁴⁰ Ст. 1210 ГК РФ.

⁴¹ П. 4 ст. 1211 ГК РФ.

⁴² П. 9 ст. 1211 ГК РФ.

⁴³ П. 2 ст. 1186 ГК РФ.

ную связь ДАО с каким-либо государством, могут быть отнесены, например:

место проживания участников, сохраняющих «определенный контроль над управлением ДАО» [Guillaume F., 2023: 143]. Оно подлежит установлению по указанным участниками при регистрации в блокчейн-системе IP-адресам или иным персональным данным;

место (страна), на которое направлена деятельность ДАО.

Под общественным объединением понимается «добровольное, самоуправляемое, некоммерческое формирование, созданное по инициативе граждан, объединившихся на основе общности интересов для реализации общих целей, указанных в уставе»⁴⁴. Данные организации могут создаваться без наделения их правами юридического лица: «Право граждан на создание общественных объединений реализуется как непосредственно путем объединения физических лиц, так и через юридические лица — общественные объединения»⁴⁵. Учредителями общественного объединения выступают граждане и юридические лица — общественные объединения, если иное не установлено законодательством⁴⁶.

Наибольшее сходство ДАО имеет с общественной организацией, представляющей собой разновидность общественного объединения, «основанного на членстве» и «созданного на основе совместной деятельности для защиты общих интересов и достижения уставных целей объединившихся граждан»⁴⁷. Общественная организация считается созданной не с момента регистрации, а с момента принятия ее участниками решения о создании, утверждения устава и формирования органов управления. Деятельность организации основывается на принципах добровольности, равноправия, самоуправления и законности [Сойфер Т.В., 2018: 32].

Как видно, с точки зрения российского законодательства в простом товариществе (с некоммерческими целями) договорные отношения преобладают над корпоративными. Правоотношения между участниками общественных организаций признаются бесспорно корпоративными по своей природе. В частности, в пользу данного наблюдения свидетельствует различие в основании внесения участниками вкладов. В простых товариществах вклады вносятся в силу

⁴⁴ Ч. 1 ст. 5 Закона об общественных объединениях.

⁴⁵ Там же Ч. 2 ст. 5. Возможность функционирования общественного объединения без государственной регистрации предусмотрена также в ч. 4 ст. 3 данного Закона.

⁴⁶ Там же. Ст. 6, 8.

⁴⁷ Там же. Ч. 1 ст. 8 Закона.

договора, в общественных организациях взносы уплачиваются на основании устава⁴⁸.

Таким образом, если предположить, что решением участников была создана ДАО, которая объединяет граждан для достижения некоммерческой цели, имеет утвержденный уставный документ и органы управления, то такая организация может быть квалифицирована как незарегистрированная общественная организация. По общему правилу, гражданская правосубъектность юридических лиц возникает с момента их государственной регистрации⁴⁹. До государственной регистрации общественные объединения (организации) будут осуществлять деятельность через своих членов. В интересах незарегистрированной общественной организации при заключении сделок должен действовать хотя бы один из ее участников от своего имени и за свой счет.

В случае признания ДАО общественной организацией, не обладающей самостоятельной гражданской правосубъектностью, ее личный закон будет определяться по праву страны, где эта организация учреждена⁵⁰. Логично при этом ориентироваться на место принятия учредителями решения о создании некоммерческой организации. При невозможности установить место учреждения ДАО в указанной форме определение компетентного права придется осуществлять на основании принципа наиболее тесной связи⁵¹ с рассмотрением всей совокупности обстоятельств, прежде всего основного места ведения деятельности.

Гражданско-правовое сообщество являет собой «группу лиц, наделенную полномочиями принимать на собраниях решения, с которыми закон связывает гражданско-правовые последствия, обязательные для всех лиц, имевших право участвовать в таком собрании» (участников юридического лица, собственников, кредиторов при банкротстве и других — участников гражданско-правового сообщества), «а также для иных лиц, если это установлено законом или вытекает из существа отношений»⁵². Данная дефиниция охватывает

⁴⁸ П. 1 ст. 123.7 ГК РФ.

⁴⁹ Ст. 51 ГК РФ.

⁵⁰ Ст. 1202, 1203 ГК РФ.

⁵¹ П. 2 ст. 1186 ГК РФ.

⁵² П. 2 ст. 181.1 ГК РФ; п. 103 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

различные юридические конструкции, включая юридические лица, договорные объединения лиц, организации без статуса юридического лица, группы лиц, в частности холдинги.

Обязательным требованием, которому должно соответствовать гражданско-правовое сообщество, является право группы принимать юридически значимые решения, способные порождать гражданско-правовые последствия как в отношении самих участников, так и третьих лиц [Аюшева И.З., 2020: 103]. Хотя данное свойство решений чистых ДАО формально не закреплено в российском законодательстве, оно вытекает из существа возникающих правоотношений. Обязанность участников подчиняться принятым в онлайн-сообществе решениям закреплена во внутренних документах ДАО (Белой книги и т.п.), а для каждого участника возникает вследствие заключения смарт-контракта. Третьи лица вынуждены подчиняться решениям участников ДАО, так как заинтересованы в получении от сообщества инвестирования, цифровых и иных услуг (например, по обмену криптовалютой).

Таким образом, ДАО, не являющаяся юридическим лицом, простым товариществом или общественной организацией без образования юридического лица, может быть квалифицирована в качестве иной, особой формы гражданско-правового сообщества. При четкой внутренней организации такое гражданско-правовое сообщество будет особым корпоративным объединением, правовой статус которого потребует законодательного закрепления. Личный закон ДАО как особого гражданско-правового сообщества по аналогии закона может быть определен на основании критериев инкорпорации или наиболее тесной связи⁵³.

Признание применимым российского права приведет к распространению на решения ДАО главы 9.1 «Решения собраний» части 1 ГК. Некоторые положения данной главы уже адаптированы под технологические особенности функционирования онлайн-организаций. Например, члены гражданско-правового сообщества вправе участвовать в заседаниях дистанционно, а в заочном голосовании — с использованием электронных или иных технических средств⁵⁴. Другие нормы в меньшей степени отвечают интересам ДАО. Например, нередко голосование в ДАО проходит анонимно, подсчет голосующих участников ведется только по их публичным IP-адресам. По этой причине требование закона, в соответствии с которым способы

⁵³ Ст. 1202, 1203, 1186 ГК РФ.

⁵⁴ П. 1 ст. 181.2 ГК РФ.

участия в заседании должны позволять достоверно установить голо-сующее лицо, окажутся неисполнимыми⁵⁵.

Заключение

В основе ДАО лежит идея свободного объединения лиц в сети ради достижения общей цели. Данная форма самореализации участников гражданского общества позволяет сгладить такие барьеры, как государственные границы, различия политических, экономических и правовых систем. Суть явления обуславливает его трансграничный характер, достигающий масштабов мультитерриториальности или омнитерриториальности, что допускает рассмотрение ДАО в качестве специфического субъекта международного частного права.

К основным квалифицирующим признакам ДАО следует отнести децентрализованное корпоративное управление и специфическое регулирование посредством *lex cryptographica*. Децентрализованное корпоративное управление характеризуется равным доступом участников к управлению организацией и к контролю посредством механизма распределенного консенсуса. По степени децентрализации управления возможно выделение трех видов ДАО: это цифровое юридическое лицо, гибридная и «чистая» ДАО. *Lex cryptographica* — частная (негосударственная) система правил, основанная на блокчейн-протоколе (коде) и обеспечивающая взаимодействие участников сетевого сообщества.

ДАО не является самостоятельной организационно-правовой формой со своим правовым режимом, поэтому трудности встают уже при разрешении предварительного коллизионного вопроса. На этой стадии требуется дать правовую оценку онлайн-организации и выбрать применимое к квалификации право. В связи с многообразием ДАО наиболее удачным следует считать ее квалификацию по *lex causae*: праву страны, где организация учреждена или с которой имеется наиболее тесная связь, устанавливаемая, например, на основании критериев оседлости или центра эксплуатации. При неприменимости данных коллизионных критериев оправдано обращение по вопросам квалификации к праву суда.

Правовая природа и статус цифрового юридического лица и юридически оформленных элементов гибридной ДАО определяется на основании традиционных коллизионных привязок (закона инкорпорации, центра эксплуатации и т.п.), порядок применения которых в большинстве случаев уже сложился.

⁵⁵ Там же.

Наибольшие трудности возникают с «чистыми» ДАО, в качестве которых могут выступать: исключительно договорные объединения участников, связанные, например, агентированием, и корпоративные образования договорного характера без самостоятельной правосубъектности. В первом случае правовой статус ДАО будет определяться обязательственным статутом договора, заключенного между его участниками. Во втором случае обоснованным следует признать предложенный английским правом подход. Правовой статус «чистых» ДАО, являющихся организациями без самостоятельной правосубъектности (например, не инкорпорированными ассоциациями), должен определяться по личному закону, который будет совпадать с обязательственным статутом договора, связывающего участников сообщества. Иначе говоря, обязательственный статут договора между участниками ДАО, являющейся не инкорпорированной ассоциацией, будет в том числе регулировать вопросы, обычно охватываемые личным статутом организации и касающиеся правовой природы, правосубъектности, управления, ответственности ДАО. Данный подход оправдан при условии, что основные и субсидиарные коллизионные привязки, относящиеся к определению личного закона традиционной корпорации, оказались бесполезными.

С позиций российского гражданского права «чистая» ДАО предположительно может быть квалифицирована в качестве простого товарищества, общественной организации без образования юридического лица или иного, особого гражданско-правового сообщества. В первом случае к ДАО будет применяться право, регулирующее договор простого товарищества. Таким правом признается избранное сторонами право, а при отсутствии выбора — право страны, где в основном осуществляется деятельность товарищества. Личный закон ДАО как общественной организации, осуществляющей деятельность без образования юридического лица, будет определяться по праву страны, где эта организация учреждена. Личный закон ДАО, признаваемой иным гражданско-правовым сообществом, ввиду его корпоративной природы будет определяться по месту инкорпорации либо на основании критерия наиболее тесной связи.



Список источников

1. Акимов Ю.М. Принципы международного частного права: дис. ... к. ю. н. М., 2015. 210 с.
2. Аюшеева И.З. Гражданско-правовые сообщества в условиях экономики совместного потребления // Актуальные проблемы российского права. 2020. Том 15. № 6. С. 95–104.

3. Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право. Практикум. М.: Эксмо, 2007. 768 с.
4. Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право. В 3 томах. Том 1. Общая часть: учебник для вузов. 6-е изд. М.: Юрайт, 2024. 320 с.
5. Касаткина А.С. Гаагская конвенция о праве, применимом к трастам, и их признании // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 5. С. 44–48. DOI: <https://doi.org/10.12737/21838>.
6. Кондратьева Е.М. Траст как классический механизм налогового и наследственного планирования // Законность и правопорядок. 2019. № 4. С. 44–50.
7. Кондырев В.А. Децентрализованные автономные организации: новый путь к принятию решений // Цифровая экономика. 2018. № 2. С.23–30. DOI: [10.34706/DE-2018-02-02](https://doi.org/10.34706/DE-2018-02-02).
8. Мажорина М.В. О коллизии права и «неправа», реновации *lex mercatoria*, смарт-контрактах и блокчейн-арбитраже // Lex Russica. 2019. № 7. С. 93–107. DOI: [10.17803/1729-5920.2019.152.7.093-107](https://doi.org/10.17803/1729-5920.2019.152.7.093-107).
9. Сидоренко Э.Л. Децентрализованные автономные организации в системе современного права: к постановке проблемы // Lex Russica. 2024. № 1. С. 119–132. DOI: <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2024.206.1.119-132>.
10. Соيفер Т.В. Некоммерческие организации: проблемы гражданской правосубъектности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 30–39. DOI: [10.12737/art_2018_1_3](https://doi.org/10.12737/art_2018_1_3).
11. Binetti V.M. Decentralized Autonomous Organizations (DAOs): Evolution, Taxonomy and Legal Challenges. Roma: Link Campus University, 2023, 95 p. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4848308>.
12. De Filippi P., Wright A. Blockchain and the Law: The Rule of Code. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2018. 312 p. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctv2867sp>.
13. Guillaume F. Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) Before State Courts. How Can Private International Law Keep Up With Global Digital Entities? In: Perestrelo de Oliveira M., Garcia A. (eds.) DAO Regulation: Principles and Perspectives for the Future. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023, pp. 135–168. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4492934>.
14. Guillaume F., Riva S. Blockchain Dispute Resolution for Decentralized Autonomous Organizations: The Rise of Decentralized Autonomous Justice. In: Bonomi A. et al. (eds.) Blockchain and Private International Law. Leiden: Brill/Nijhoff, 2023, pp. 549–641. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4042704>.
15. Hassan S., De Filippi P. Decentralized Autonomous Organization. Internet Policy Review, 2021, vol. 10, issue 2, pp. 1–10. DOI: <https://doi.org/10.14763/2021.2.1556>.
16. Hassan S., De Filippi P. The Expansion of Algorithmic Governance: From Code Is Law to Law Is Code. Field Actions Science Reports: The Journal of Field Actions, 2017, special issue 17: Artificial Intelligence and Robotics in the City, pp. 88–90. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3117630> (дата обращения: 10.10.2024).
17. Riva S. Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) in the Swiss Legal Order. Yearbook of Private International Law, 2019/2020, vol. 21, pp. 601–638. DOI: [10.9785/9783504386962-028](https://doi.org/10.9785/9783504386962-028).



References

1. Akimova Yu. M. (2015) Principles of international private law. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 210 p. (in Russ.)

2. Ayusheeva I.Z. (2020) Civilian law entities within economy of common consumption. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*=Issues of Russian Law, vol. 15, no. 6, pp. 95–104 (in Russ.)
3. Binetti V.M. (2023) Decentralized autonomous organizations (DAOs): evolution, taxonomy and legal challenges. Roma: Link Campus University, 95 p. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4848308>.
4. De Filippi P., Wright A. (2018) Blockchain and the law: the rule of code. Cambridge: Harvard University Press, 312 p. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctv2867sp>.
5. Erpyleva N. Yu., Get'man-Pavlova I.V. (2007) International private law. Praktikum. Moscow: Eksmo, 768 p. (in Russ.)
6. Get'man-Pavlova I.V. (2024) International private law. Vol. 1. General part. Moscow: Yurait, 320 p. (in Russ.)
7. Guillaume F. (2023) Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) in front of courts. How can private international law keep up with global digital entities? In: A. Perestrelo de Oliveira, A. Garcia (eds.) DAOs Regulation: Principles and Perspectives for the Future. Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 135–168. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4492934>.
8. Guillaume F., Riva S. (2023) Blockchain dispute resolution for DAOs: the rise of decentralized autonomous justice. In: A. Bonomi et al. (eds.) Blockchain and Private International Law. Leiden: Brill/Nijhoff, pp. 549–641. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4042704>.
9. Hassan S., De Filippi P. (2021) Decentralized Autonomous Organizations. *Internet Policy Review*, vol. 10, issue 2, pp. 1–10. DOI: <https://doi.org/10.14763/2021.2.1556>.
10. Hassan S., De Filippi P. (2017) The expansion of algorithmic governance: from code is law to law is code. *Field Actions Science Reports: The Journal of Field Actions*, no. 17, pp. 88–90. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3117630> (accessed: 10.10.2024)
11. Kasatkina A.S. (2016) The Hague Convention on law applied to trusts and its recognition. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*=Journal of Foreign Legislation and Comparative Jurisprudence, no. 5, pp. 44–48 (in Russ.) DOI: <https://doi.org/10.12737/21838>.
12. Kondrat'eva E.M. (2019) Trust as classic example of mechanism of tax and hereditary planning. *Zakonnost' i pravoporyadok*=Legality and Rule of Law, no. 4, pp. 44–50 (in Russ.)
13. Kondyrev V.A. (2018) DAOs: new way to decision-making. *Cifrovaya ekonomika*=Digital Economy, no. 2, pp. 23–30 (in Russ.) DOI: 10.34706/DE-2018-02-02.
14. Mazhorina M.V. (2019) Collision of law and non-law, renovation of *lex mercatoria*, smart-contracts, and blockchain arbitration. *Lex Russica*, no. 7, pp. 93–107 (in Russ.) DOI:10.17803/1729-5920.2019.152.7.093-107.
15. Riva S. (2019/2020) DAOs in the Swiss legal order. *Yearbook of Private International Law*, vol. 21, pp. 601–638. DOI:10.9785/9783504386962-028.
16. Sidorenko E.L. (2024) DAOs in a system of modern law. *Lex Russica*, vol. 77, no. 1, pp. 119–132 (in Russ.) DOI: <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2024.206.1.119-132>.
17. Sojfer T.V. (2018) Non-commercial bodies: aspects of civilian legal personality. *Zhurnal rossijskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 1, pp. 30–39 (in Russ.) DOI: 10.12737/art_2018_1_3.

Информация об авторе:

Е.А. Крутий — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

E.A. Krutiy — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 26.10.2024; одобрена после рецензирования 15.01.2025; принята к публикации 04.02.2025.

The article was submitted to editorial office 26.10.2024; approved after reviewing 15.01.2025; accepted for publication 04.02.2025.

Research article

JEL: K15

УДК:347

DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.217.246

Determining the Applicable Law to Copyright Ownership: National Treatment Principle in Tension with Legacy Copyright Treaties



Jan Hodermarsky

Masaryk University, 70 Veveří Str., Brno 611 80, Czechia,

hoder.john@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6585-8783>



Abstract

The present article examines a potential conflict between the national treatment principle, *which is* enshrined in most significant multilateral copyright treaties, on the one hand, and legacy copyright treaties — primarily bilateral ones, but also certain multilateral treaties such as the Montevideo Convention — containing conflict-of-laws rules not fully compatible with the national treatment principle, on the other. The analysis places special focus on the conflict-of-laws issue of copyright ownership. While the national treatment principle is often interpreted as mandating the application of *lex loci protectionis*, some legacy copyright treaties prescribe the application of *lex originis* or use other connecting factors for determining the law applicable to copyright ownership. The paper analyzes how such conflicts are to be resolved, focusing particularly on the interpretation of Article 20 of the Berne Convention. Through examination of case law and scholarly views, it is argued that Article 20 allows for the application of particular provisions of legacy copyright treaties on the condition that their application implies granting authors/right holders in the particular case more extensive rights, even if these provisions contradict the national treatment principle, which is one of the fundamental principles of the Berne Convention and, in general, of modern international copyright law. It is concluded that courts must assess the applicability of provisions contained in specific international treaties on a case-by-case basis, striving to reconcile competing provisions where feasible, in line with the principle of systemic interpretation inherent in international law. Overall, the analysis reveals that the applicability of conflict-of-

laws rules contained in legacy copyright treaties, which might be non-compliant with the national treatment principle, is, under certain conditions, not excluded, even when the Berne Convention is on the particular case generally applicable. The complex relationship between sources of particular international law requires a nuanced approach to resolving potential conflicts between them.



Keywords

applicable law to copyright ownership; national treatment principle; conflict of international treaties; Article 20 of the Berne Convention; copyright ownership; copyright conflict-of-laws; lex loci protectionis; lex originis.

For citation: Hodermarsky J. (2025) Determining the Applicable Law to Copyright Ownership: National Treatment Principle in Tension with Legacy Copyright Treaties. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 18, no. 1, pp. 217–246 (in English). DOI: 10.17323/2072-8166.2025.1.217.246

Научная статья

Определение применимого права к обладанию авторскими правами: принцип национального режима в конфликте с ранними международными договорами в сфере авторского права



Ян Годермарский

Масариков университет, Чехия 611 80, Брно, ул. Вевержи, 70,
hoder.john@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6585-8783>



Аннотация

Настоящая статья исследует потенциальный конфликт между принципом национального режима, закрепленным в большинстве значимых многосторонних договоров об авторском праве, с одной стороны, и более ранними договорами об авторском праве — в первую очередь двусторонними, а также некоторыми многосторонними договорами, такими как Конвенция Монтевидео, содержащими коллизионные нормы, не совсем совместимые с принципом национального режима, с другой стороны. В анализе уделяется особое внимание к вопросу применимого права к обладанию авторскими правами. В то время как принцип национального режима часто интерпретируется как предписывающий применение права страны, для которой истребуется защита авторских прав (*lex loci protectionis*), некоторые ранние договоры об авторском праве предусматривают применение права страны происхождения (*lex originis*) или другие формулы привязки, отличающиеся от *lex loci protectionis*. В статье анализируется возможное решение таких конфликтов, с особым вниманием к толкованию статьи 20 Бернской конвенции. Анализ судебной практики и релевантной международно-правовой доктрины позволяет утверждать, что статья 20 Бернской конвенции допускает применение коллизион-

но-правовых положений более ранних договоров об авторском праве, если такое применение приводит к предоставлению авторам/правообладателям в конкретном случае более широких прав, даже если эти положения противоречат принципу национального режима, который является одним из основополагающих принципов Бернской конвенции и современного международного авторского права в целом. Делается вывод, что суды должны индивидуально оценивать применимость положений, содержащихся в конкретных международных договорах, стремясь по возможности согласовывать конкурирующие нормы в соответствии с принципом системного толкования, присущим международному праву. В целом, анализ показывает, что применимость коллизионных норм, содержащихся в ранних договорах об авторском праве, которые могут не соответствовать принципу национального режима, при определенных условиях не исключается, даже если на конкретное дело распространяется действие договоров, таких как Бернская конвенция, закрепляющих принцип национального режима. Сложное взаимодействие источников международного права требует взвешенного подхода к разрешению потенциальных конфликтов между ними.



Ключевые слова

применимое право к обладанию авторскими правами; принцип национального режима; конфликт международных договоров; статья 20 Бернской конвенции; приобретение авторского права; коллизионно-правовое регулирование в авторском праве; *lex loci protectionis*; *lex originis*.

Для цитирования: Годермарский Я. Определение применимого права к обладанию авторскими правами: принцип национального режима в конфликте с ранними международными договорами в сфере авторского права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 1. С. 217–246 (на англ. яз.). DOI: 10.17323/2072-8166.2025.1.217.246

Introduction

The abolition of formalities as requirement for granting copyright protection on international law level is a reflection of the idea that an author in one country should be recognized and protected as such in other countries as well.¹ However, the lack of an explicit material law definition of both author and initial copyright owner in international copyright treaties presents a significant challenge to this fundamental idea. With the absence of a universally accepted material definition of both author and initial ownership of copyright at the international law level,² it becomes essential to approach this

¹ “Suite aux effets de la convention de Berne le droit d’auteur est un droit mondial et non pas territorial, comme les autres droits de propriété intellectuelle.” [Bertrand A., 2010: marg. no. 118.18].

² There is an authorship presumption in Article 15(1) of the Berne Convention 1971. However, it is not a substantive law provision, as presumptions may be rebutted by evidence to the contrary, they just make the situation of one party of a dispute easier with the aim

issue through the lens of conflict-of-laws. When determining the applicable law governing (initial) copyright ownership, two primary approaches come to the fore: *lex loci protectionis* and *lex originis*.³ Either it is the material law of each individual country that decides for each respective territory who the author and copyright holder is, or, respectively, the subjects enjoying this status are determined based on who it is in the country of origin of the work.

Nowadays, the most significant multilateral international copyright-related treaties embrace the principle of national treatment. That is the case for the Berne Convention 1886, the Universal Copyright Convention 1971 (hereinafter referred to as UCC), as well as for the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (hereinafter referred to as TRIPS).⁴ This principle mandates countries to provide to foreign authors and right holders (at least) the same level of copyright protection as that provided to their own citizens. The national treatment principle in copyright law ensures that foreign authors and copyright holders are treated no less favorably than domestic authors and right holders in a given country. This principle aims to prevent discrimination based on nationality.

Some opinions assert that compliance with the imperative of the national treatment principle is possible only by applying the law of the country granting the copyright protection within the relevant territory (*lex loci protectionis*) to the entirety of the copyright statute.⁵ Accordingly, some countries interpret the principle of national treatment, — especially within the meaning of Article 5(1) and (2) of the RBC — as implying the *lex loci protectionis* conflict-of-laws rule encompassing also the issue of copyright ownership. It is claimed that the independence of the “*enjoyment and exercise of rights*” from the protection of the work in its country of origin, as required by Article 5(2) RBC, can be achieved only by applying the same substantive law to foreign works as to those of local authors whose works are first published within the country.⁶ Failing that, foreign authors and

to achieve better economy of disputes in which it would be disproportionately costly or difficult to prove certain facts [Leška R., 2019: 308-309].

³ However, there are also some other thinkable connecting factors, such as *lex personalis* or *lex contractus*.

⁴ The principle of national treatment is enshrined in Article 5(1) and (2) of the Berne Convention, and in Article II of the UCC. It is enshrined also in Article 3(1) of the TRIPS Agreement, which refers to provisions in other international treaties concerning intellectual property.

⁵ Cf. [Drexl J. in: von Hein J., 2021: Rom II-VO Art. 8 Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums, marg. no. 70]. Cf. also Cass. 1e civ., 10 avril 2013, n°11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 (ABC News).

⁶ Cf. [Kyselovská T., Koukal P., 2019: 159–160]; [Ricketson S., Ginsburg J., 2005: 1298]; [Desbois H., 1966: 875].

right holders would be discriminated against [Von Hein J., 2021: 251]. Nonetheless, in my previously published article,⁷ it has been shown that the national treatment principle, by its very nature, does not imply the *lex loci protectionis* conflict-of-laws approach with respect to copyright ownership, although significant issues remain associated with it. Either way, the interpretation of international treaties is fully in the hands of the respective sovereign countries and their judicial organs, and so is the meaning of the national treatment principle and its implications for the conflict-of-laws domain. It is not an easy task to impose a certain interpretation of international treaties on a sovereign country.⁸

It is an undeniable fact that several international copyright treaties rather explicitly impose conflict-of-laws rules differing from the *lex loci protectionis*. The Montevideo Convention of 1889, for example, prescribes the *lex originis* conflict-of-laws to the whole copyright statute,⁹ and then there are several bilateral agreements that provide for the *lex originis* conflict-of-laws rule with regard to the copyright ownership issue and possibly also for some other particular aspects of copyright.

Therefore, it might apparently come to a conflict of application of international treaties imposing the national treatment principle on one side and treaties prescribing the *lex originis* (or other) conflict-of-laws rule on the other. That is true also for the copyright ownership issue as long as the particular country interprets the national treatment principle in the sense that it inherently implies *lex loci protectionis* conflict-of-laws rule in this regard. The aim of the present article is thus to analyze the resolution of the potential conflict of international treaties with focus on the copyright ownership issue, particularly when one of the treaties enshrines the national treatment principle and the other one provides for a conflict-of-laws rule not fully compatible with the national treatment principle. For the purpose of this article, it is therefore assumed that the principle of national treatment implies the *lex loci protectionis* conflict-of-laws rule, extending to the issue of copyright ownership.

⁷ See: Hodermarsky J. Copyright owners, national treatment and current trends in private international law // Law. Journal of the Higher School of Economics, 2024, vol. 17, no. 1, pp. 213–245.

⁸ Paul Olganier described the issue very aptly in stating that “[...] la Convention d’Union est viciée dans son fonctionnement, tant qu’elle n’est pas assurée de trouver une interprétation identique par les différentes juridictions nationales, ce qui est pratiquement impossible.” [Olganier P., 1934: 11].

⁹ Article 2 of The Montevideo Convention on the Protection of Literary and Artistic Works of January 11, 1889.

1. Bilateral International Treaties Enshrining a Special Copyright Ownership Conflict-of-laws Rule

The Berne Convention of 1886 (its latest revision concluded in 1971 in Paris is hereinafter referred to as RBC) was the first open¹⁰ multilateral international treaty in the field of copyright law. However, countries have been concluding plenty of bilateral copyright treaties practically since the beginning of the 19th century. Some bilateral agreements in the field of copyright law (in some cases even in the field of commercial law which often regulate certain aspects of copyright) continue to hold significance.¹¹ Certainly, their importance has gradually diminished with the increasing number of contracting states to the Berne Convention and TRIPS Agreement. Nonetheless, when seeking copyright protection, it is advisable to verify whether there is a bilateral agreement that could in the particular case provide more favorable protection conditions than multilateral agreements [Bertrand A., 2010: 118.21]; [Von Hein J., 2021: 109].¹² Since most bilateral copyright treaties were concluded long ago, they are often overlooked due to a perception that they have either been entirely superseded or rendered obsolete through disuse, neither of which is true.

In the past, discussions were held regarding the termination of old bilateral international agreements through non-use, that is, tacitly (*désuétude*). Nowadays, the concept of *désuétude* in international law when it comes to international agreements can be rejected with certainty by referring to the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). With regard to Article 42 (2) VCLT¹³ in conjunction with Article 54 VCLT, it is evident that international treaty may be terminated solely: 1) in conformity with the provisions of the treaty itself; or 2) by consent of all the parties to the treaty. There is no provision in the VCLT that would allow *désuétude*. Any tacit abrogation in the sense of “absolute silence” from the side of the contract-

¹⁰ The first multilateral treaty specifically in the field of copyright law was the Austrian-Sardinian Agreement of 1840 (*Sardinischer Staatsvertrag*), which later gained adherence from several other Italian states. Similarly, the Anglo-Prussian Convention of 1846 was later joined by several German states [Ricketson S., Ginsburg J., 2005: 28].

¹¹ Cf. [Majoros F., 1971: IX]; [Schack H., 2019: 506 (marg. no. 985)].

¹² It is worth noting that the formal designation of a particular international instrument has no bearing on its substantive effect; it can still be regarded as an international agreement, whether termed a Convention, Accord, Protocol, Arrangement, Treaty, Declaration, or even an Exchange of diplomatic notes as unilateral declarations of intent.

¹³ Article 42 (2) of VCLT — “The termination of a treaty, its denunciation or the withdrawal of a party, may take place only as a result of the application of the provisions of the treaty or of the present Convention. The same rule applies to suspension of the operation of a treaty.”

ing parties is therefore inadmissible. The absence of *désuétude* in the VCLT as one of the ways of agreement termination reflects stable doctrinal views that rejected it even before the VCLT has entered into force [Majoros F., 1971: 23, 34–35].

In general, bilateral treaties approach the granting of “mutual” protection of copyright in two possible ways. One consists of granting protection in both contracting states to works published for the first time in the territory of either of them.¹⁴ That is, the focus lies on the work as protected subject matter. The other common approach is that it is the authors/right holders from one state who are granted copyright protection in the other one. In this case, the focus is on the author/right holder as subject of copyright. The granted protection is bound to the subject, not the object of protection. Such a rule can be qualified as *lex originis* conflict-of-laws rule for copyright ownership issue. The latter approach was *principium regens* of a large part of bilateral treaties concluded throughout the 19th century. Bilateral treaties relying on this approach are subject to the present analysis.

The Treaty on the Mutual Protection of Copyright on Literary and Artistic Works from 1866 concluded between the Empire of Austria and France is one of the oldest treaties in the field of copyright.¹⁵ Article 1 of the treaty provides that authors from one of the contracting states shall enjoy such benefits (*Vortheile*), protection (*Rechtsschutz*), and means of protection against infringements (*Rechtshilfe*) in each of the contracting parties as that state grants or will grant to literary and artistic works first published domestically.¹⁶ Article 2 further prescribes that the protection under Article

¹⁴ For example, Declaration of the United States and Austria-Hungary from 1907 (in Austria promulgated under Verordnung des Justizministers vom 9. Dezember 1907 über den Urheberrechtsschutz im Verhältnisse zu den Vereinigten Staaten von Amerika, RGBl. 1907, CXXI. Stück Nr. 265, S. 1084). Another example is the Agreement between the German Empire and the United States of America on the Mutual Protection of Copyrights (in Germany promulgated under RGBl. 1892, Nr. 23, S. 473-475). After the First World War the treaty’s binding force was reaffirmed by law (RGBl. 1922 II, S. 475). Following the Second World War, the validity of the treaty was confirmed through an exchange of diplomatic notes (published in B Anz. No. 144/50). Cf. BGH, Judgment of February 26, 2014, I ZR 49/13 (Tarzan), paragraph 16.

¹⁵ Staatsvertrag zwischen Österreich und Frankreich vom 11. Dezember 1866, RGBl. Nr. 169, wegen gegenseitigen Schutzes des Autorrechts an Werken der Literatur und Kunst. The text of the treaty is available in: Von Wretschko A. Das Gesetz vom 26. Dezember 1895, R.G. B I. Nr. 197, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur, Kunst und Photographie. Wien, 1896, p. 181 et seq. This article does not address the issue of the incompatibility of bilateral copyright treaties with primary EU law. However, in practice, the potential implications of Article 351 of the *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU) should not be neglected.

¹⁶ Article 1 — “Die Urheber [...] sollen in jedem der beiden Staaten gegenseitig sich der Vortheile zu erfreuen haben, welche daselbst dem Eigenthum an Werken der

1 is conditional upon fulfilling the formal requirements foreseen by law in the country of origin.

From the wording of Article 1, it is clear the primary goal of the treaty is to protect right holders originating from one country within the other country's territory. Therefore, it is necessary to apply the principle of *lex originis*, with the place of first publication being decisive. A problematic situation arises if publication occurs simultaneously in both countries. Nevertheless, it is evident that the treaty distinguishes the authorship/ownership requirement from other criteria for copyrighted works in the sense that requirements directly pertaining to the protected subject matter must be assessed in accordance with domestic law (*lex loci protectionis*). To whom belongs copyright to the particular work decides the law of the origin, whilst what specific rights are conferred to the right holder and whether such work is protected at all decides the *lex loci protectionis*. It is required that foreign authors in the territory of the other contracting country receive protection for those works that would enjoy a national author in regard to identical works if they were first published in that country's territory.

A rather similar legal structure can be found in the treaty between Austria-Hungary on the one hand and Great Britain and Ireland on the other, concluded in 1893.¹⁷ Article I, paragraph 2, stipulates author and his legal successors from one contracting country enjoy the same rights in the other country as if the work were first published in the place where the infringement occurred.¹⁸ Article I, paragraph 4, further emphasizes that a foreign author will be granted protection in the territory of the other contracting country only if the national legal order in question provides protection for such subject matter.¹⁹

Literatur oder Kunst gesetzlich eigeräumt sind oder werden, und denselben Schutz, sowie dieselbe Rechtshilfe gegen jede Beeinträchtigung ihrer Rechte genießen, als wenn diese Beeinträchtigung gegen die Urheber solcher Werke begangen wäre, welche zum ersten mal in dem Lande selbst veröffentlicht worden sind.”

¹⁷ Staatsvertrag zwischen der österreich-ungarischen Monarchie einerseits und Großbritannien und Irland andererseits vom 24. April 1893, RGBl. Nr. 77 ex 1894, betreffend den gegenseitigen Schutz der Urheber von Werken der Literatur oder Kunst und der Rechtsnachfolger der Urheber. The text of the Agreement is available in: Von Wretschko A. Das Gesetz vom 26. Dezember 1895, R. G. Bl. Nr. 197, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur, Kunst und Photographie. Wien: 1896, p. 190 et seq.

¹⁸ Article I al. 2 — “Es werden daher die Urheber von Werken der Literatur oder Kunst, deren Werke in dem Gebiete des einen der hohen vertragschließenden Theile zuerst veröffentlicht worden sind, ebenso wie ihre Rechtsnachfolger in dem Gebiete des anderen Theiles denselben Schutz und rechtliche Hilfe gegen jede Beeinträchtigung ihrer Rechte genießen, als wenn das Werk zuerst veröffentlicht worden wäre, wo die Beeinträchtigung erfolgt ist.”

¹⁹ Article I al. 4 — “Diese Vortheile sollen den Urhebern und ihren Rechtsnachfolgern jedoch gegenseitig nur in dem Falle gewährt werden, wenn das betreffende Werk auch durch die Gesetze des Staates, wo das Werk zuerst veröffentlicht worden ist, geschützt ist [...]”

Another in this context noteworthy bilateral treaty is the Convention between France and Spain of 1880²⁰, which replaced the previous convention from 1853. Article 6 enshrines the principle of most-favored-nation treatment, which obliges each contracting party to grant the other party the same level of protection as is granted on that country's territory to any other foreigner, should he enjoy more extensive rights than the citizens of the contracting party.²¹ Regarding the determination of ownership of copyright, Article 1, paragraph 1, contains an interesting formulation. It states authors who prove they hold copyright (whether initial or transferred) ("*droit de propriété ou de cession totale ou partielle*") in one of the two contracting states in accordance with that state's law shall enjoy corresponding rights in the other contracting state, under this sole condition and without any additional formalities.²² The explicit expression of the "sole condition" — proof of copyright acquisition under the law of one of the contracting countries for those rights to be recognized in the other one — inevitably leads to the conclusion that this essentially expresses the *lex originis* rule. Certainly, this provision may encourage potential future right holders to pick for the country of origin the country with a legal system that designates them as the initial right holder, and subsequently seek protection in the other contracting country based on this designation. A dispute between two different right holders, whilst each of them relies on one legal order to designate them as right holders, could be resolved in such a way that the 'competing' subjects would not be able to invoke their rights in the respective countries against each other. Their respective absolute rights would be somewhat relativized. The determination of who would be entitled to derive economic benefits from the copyright for their own account remains in this case problematic. Another option is to recognize as author and/or initial right holder in both countries the person who first satisfies the legal requirements in regard to the particular work in either of the countries. In any case, the straightforward application of the *lex loci protectionis* principle in regard to copyright ownership is unequivocally excluded under this Convention.

²⁰ Convention for the Reciprocal Protection of Intellectual and Artistic Works, signed in Paris on June 16, 1880 (Convention pour la garantie réciproque des oeuvres d'esprit et d'art, signée à Paris le 16 juin 1880); the text of the convention is available in [Majoros F., 1971: 108 et seq.].

²¹ Regarding the most-favored-nation principle arises a similar issue as for its conflict-of-laws dimension as with the national treatment principle discussed in this analysis.

²² Article 1(1) of the Convention: "[...] les auteurs [...] qui justifieront de leur droit de propriété ou de cession totale ou partielle, dans l'un des deux Etats contractants, conformément à la législation de cet Etat, jouiront, sous cette seule condition et sans autres formalités, des droits correspondantes dans l'autre Etat [...]."

Other than these typical pre-Berne bilateral treaties, there are also treaties from rather modern times that explicitly enshrine a conflict-of-laws rule different from the *lex loci protectionis*, which is said to be the only with the national treatment principle compliant conflict-of-laws approach. In this context, it is important to mention the treaty concluded between the Soviet Union and Austria,²³ as well as the treaty between the Soviet Union and Sweden.²⁴ Both treaties remain in force also after fall of the Soviet Union, as Russia became the legal successor to these treaties [Lutkova O. V., 2018: 92]. The treaty with Austria, in Article 9, stipulates the establishment, scope, and termination of copyright are governed by the law of the contracting country in the territory of which the act of exploitation or infringement of copyright takes place.²⁵ A nearly identical rule can be found in Article 8 of the treaty with Sweden.²⁶ The only substantial difference between these two treaties lies in their *ratione materiae* scope, with the Swedish treaty also covering photographs —Article 1(a). It is quite evident that these treaties adopt a different approach to conflict of laws than the RBC. They require the copyright statute to be governed by *lex loci delicti*. Notably, despite relying on the traditional delictual connecting factor, the conflict-of-laws rule in these treaties is not limited to situations of infringement but includes also the case of regular lawful use.²⁷ The dogmatic proponents of *lex loci protectionis* assert that the *lex loci delicti* conflict-of-laws rule in the realm of intellectual property is identical to the *lex loci protectionis*, owing to the territoriality principle inherent in intellectual property rights, according to which such rights can only be infringed where they are protected [Regelin F., 2000: 220 et seq.].²⁸ They also argue *locus delicti commissi* (the place where the act was committed) and *locus damni infecti* (the place where the harm occurred) in copyright law inherently coincide due to

²³ The Agreement between the Union of Soviet Socialist Republics and the Republic of Austria on Mutual Protection of Copyright (Vienna, December 16, 1981, with amendments and additions), ratified by the Presidium of the Supreme Soviet of the USSR, July 11, 1983, No. 9658-X.

²⁴ The Agreement between the Union of Soviet Socialist Republics and the Kingdom of Sweden on Mutual Protection of Copyright (Moscow, April 15, 1986).

²⁵ Article 9 — “The establishment, scope, and termination of copyright shall be governed by the law of the Contracting Party within whose territory the act of exploitation or infringement takes place.”

²⁶ Article 8 — “The establishment, scope, and termination of copyright in a work or photograph shall be governed by the law of the Contracting State within whose territory the act of exploitation or infringement takes place.”

²⁷ It is to be noted the determination of the place of use poses similar challenges as the determination of the place of infringement.

²⁸ Cf. also [Klass N., 2007: 376]; [Stieß K., 2005: 145].

its potentially ubiquitous nature, occurring in the same location and at the same moment [Schack H., 1998: 1018]. The nature of intellectual property rights implies that the infringing act and its harmful consequence always occur simultaneously and cannot be separated, as copyright infringement means unlawful action (*Handlungsunrecht*), such as unauthorized reproduction, distribution, display, and similar acts. That means that alone the unlawful act is simultaneously the harm as such [Stieß K., 2005: 145].²⁹

Following this interpretation, there is obviously no space left for any conflict with the national treatment principle. Notwithstanding, the last word on this issue is once again left for national interpretation. For the purpose of this article, it can be concluded that based on its possible interpretation the *lex loci delicti* rule provides more freedom for discretion in cross-border and multi-state infringements. Especially in online environment, there may be efforts to avoid inconvenient *dépeçage* and thus to attach the copyright statute to *lex loci delicti commissi*, potentially including the ownership issue. That way the complicated application of multiple *leges loci protectionis* in multi-state infringements would be avoided. And then, that gives once again rise to a potential conflict with the national treatment principle enshrined in the RBC.

2. Montevideo Convention of 1889

The Convention is the second oldest multilateral treaty in the field of copyright law (after the Berne Convention) that marked a significant success [Ricketson S., Ginsburg J., 2005: 1171]. Its significance in the context of this study lies primarily in its conflict-of-laws solution of issues related to

²⁹ See also the decision of the Austrian Supreme Court (OGH), Decision (Beschluss) of August 9, 2006, 4 Ob 135/06s (Tonträgerhersteller/Gruppe D), in which the act of reproduction of a work was assessed under Austrian law, even though the infringement on Austrian territory involved *de facto* only the right of distribution, as the protected subject matter was reproduced abroad and thereafter sent to Austria by mail. That means that the act of reproduction itself occurred abroad. In its reasoning, the court stated “Verletzungen von Immaterialgüterrechten sind gem § 34 Abs 1 IPRG nach dem Recht des jeweiligen Verletzungsstaats zu beurteilen [...]. Im Anlassfall wurden unter Verletzung von Leistungsschutzrechten des Klägers hergestellte Vervielfältigungsstücke über das Internet (auch) gegenüber Inländern beworben und auf Bestellung nach Österreich ausgeliefert. Die Rechtsverletzung wurde damit in Österreich wirksam; ihre einzelnen Handlungselemente (Vervielfältigung und Verbreitung) sind vom selben Täter zu verantworten. Sie stehen in einem so engen faktischen und wirtschaftlichen Zusammenhang, dass sie als Teile eines einheitlichen Vorgangs anzusehen sind, dessen Schwerpunkt in Österreich liegt, weil und soweit die unter Verantwortung des Beklagten vervielfältigten Schallträger an österreichische Nutzer verkauft werden [...]. Die Vorinstanzen haben deshalb zutreffend auf den gesamten Sachverhalt österreichisches Sachrecht angewendet [...]”

copyright ownership, which this Convention establishes. Furthermore, the *iura conventionis* guaranteed in this convention go beyond the rights guaranteed by the Berne Convention in certain respects.³⁰ Unlike other American copyright conventions, the Montevideo Convention allows accession also by states from other continents [Khadjavi-Gontard B., 1977: 27]; [Boguslavsky M. M., 1973: 78].³¹ The convention does not create union, as is the case with the Berne Convention, and therefore it applies only in relation to states that have agreed to the accession of a particular state.³² The convention is structure-wise and content-wise based on the Berne Convention but does not include provisions regarding unpublished works [Bowker R., 1912: 363]; [Ricketson S., Ginsburg J., 2005: 1171–1172]. It makes no distinction between nationals of contracting states and foreigners (Article 1).

The contracting states of the Convention are obliged to recognize the rights of authors and their legal successors whose works originate from the contracting states [Goldstein M., 1995: 249]. Article 2 of the Convention provides that the author of a work shall be entitled in other contracting states to such rights as are granted by the law of the state where the work was published or created [Ottermann M., 2019: 515]. Thus, the attachment of the copyright statute to the *lex originis* is the fundamental rule. The Montevideo Convention is not founded on the principle of national treatment [Troller A., 1965: 164]. Article 4 derogates from the default *lex originis* rule and establishes the principle of material reciprocity with respect to the duration of copyright protection [Khadjavi-Gontard B., 1977: 28]. Another exception to the *lex originis* rule can be found in Article 11, which stipulates that the legal consequences of copyright infringement (but not its scope or existence related issues) shall be assessed under *lex loci delicti commissi* [Troller A., 1965: 165]. When applying the *lex originis rule*, the place of origin shall be deemed the place of the first publication or creation of the work.

³⁰ As an example, the author's right to dispose of his work can be mentioned on this place (Article 3 Montevideo Convention — “El derecho de propiedad de una obra literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella [...]”), cf. [Goldstein M., 1995: 249]. For a comparison of the Montevideo Convention with the Brussels Revision of the Berne Convention, see: [Troller A., 1965: 164–165].

³¹ This possibility was introduced by the Buenos Aires revision in 1910 [Olagnier P., 1934: 7–8].

³² In relation to Argentina and Paraguay, the Convention was acceded to by France, Spain, Belgium, and Italy. Germany acceded to the Convention with respect to Argentina, Bolivia, and Paraguay [Münzer G. in: Püschel H., 1980: 362]. Austria's accession was recognized only by Argentina. The European states did not undertake obligations toward one another under this Convention, but exclusively toward the designated American states [Troller A., 1952: 28]. In relations between the American states themselves, the application of the Montevideo Convention was excluded by the Buenos Aires Convention of 1910, which, however, just like the Montevideo Convention, enshrines the principle of *lex originis* [Olagnier P., 1934: 7].

Regarding the applicability of the Montevideo Convention, it is necessary to address its relation to the UCC and the Berne Convention. Article XVIII of the UCC provides that in the event of a conflict between inter-American treaties concluded among American states (such as the Montevideo Convention) on one side and the UCC on the other, the one concluded later shall take precedence.³³ It is an explicit *lex posterior* rule, which generally means the precedence of the UCC. It is apparent that as long as the national treatment principle enshrined in the UCC is interpreted as mandating the *lex loci protectionis* as the connecting factor for copyright ownership, application of the *lex originis* rule is, in this regard, ruled out. It is to be emphasized that Article XVIII of the UCC applies only to relationships arising between American states [Troller A., 1965: 136], not to inter-American treaties in general. With respect to European countries, Article XIX of the UCC must be applied. However, it provides similarly to Article XVIII that, in the event of conflicts between the UCC and other treaties, the UCC shall prevail. However, let us keep in mind that this provision applies only to treaties preceding the UCC.³⁴

The actual applicability of the UCC in contemporary cases is quite rare, as it is practically derogated in favor of the RBC (see Article XVII of the UCC); therefore, it is more practical to focus on resolving conflicts between the provisions of the Montevideo Convention and those of the Berne Convention. The potential conflict between these treaties is often sidestepped by stating that the Montevideo Convention is applicable only on a transitional basis, i.e., completely outside the scope of the Berne Convention (mainly temporal).³⁵ As shown further, it is not that simple. It is undisputed that attaching the entire copyright statute to the law of the place of origin, as demands Article 2 of the Montevideo Convention, is in contradiction with Article 5(2) RBC. Given the lack of an explicit provision in the Montevideo Convention regarding its relationship with the RBC, it is up to Article 20 of the RBC to resolve any potential conflicts. Since its detailed analysis in the context of bilateral treaties follows later in the text, it is sufficient to refer to that section here, as the solution is essentially the same.

³³ Article XVIII UCC — “This Convention shall not abrogate multilateral or bilateral copyright conventions or arrangements that are or may be in effect exclusively between two or more American Republics. In the event of any difference either between the provisions of such existing conventions or arrangements and the provisions of this Convention, or between the provisions of this Convention and those of any new convention or arrangement which may be formulated between two or more American Republics after this Convention comes into force, the convention or arrangement most recently formulated shall prevail between the parties thereto. [...]”

³⁴ Cf. [Desbois H., Françon A., Kéréver A., 1976: 124].

³⁵ See, for example: [Ottermann M., 2019: 515]; in this sense also: [Ulmer E., 1975: 34].

With regard to the Montevideo Convention, there is one more American treaty that is relevant for the discussion — the Washington Convention³⁶ of 1946. Interestingly, Article XI of the Washington Convention stipulates the admissibility of waiving or transferring moral rights is governed by the law of the country where the contract was concluded (*lex loci contractus*). This can potentially contradict the national treatment principle. Furthermore, in its Article IX, the Convention obliges contracting states to grant an unconditional protection to a work, provided that the conditions for protection are fulfilled in one contracting state (in the country of origin) [Olian I. A., 1974: 87].³⁷ This provision does not imply the *lex originis* connecting factor for copyright ownership [Troller A., 1952: 29]. Instead, it reflects the principle of national treatment [Troller A., 1965: 174]. To this extent, it derogates the *lex originis* principle enshrined in the Montevideo Convention. Most importantly, the Washington Convention replaced prior inter-American treaties (Article XVII).³⁸ That is, it replaced also the Montevideo Convention. However, it did not supersede obligations between European and American countries. Thus, the Montevideo Convention is binding up to this day in France, Spain, Belgium, and Italy with respect to Argentina and Paraguay. Germany acceded to it with respect to Argentina, Bolivia, and Paraguay [Münzer G. in: Püschel H., 1980: 362]. Austria's accession was recognized only by Argentina. The European states did not commit to apply the Montevideo Convention among themselves, but solely with respect to the specified American states [Troller A., 1952: 28]. It is evident that Montevideo Convention serves *grosso modo* the same function as a bunch of bilateral copyright treaties.

3. Conflict with National Treatment Principle

Having introduced the *lex originis* rule in the Montevideo Convention along with several bilateral treaties that establish conflict-of-laws rules dif-

³⁶ Inter-American Convention on the rights of the author in literary, scholar and artistic works. All American conventions, except the Montevideo Convention, were (or, in some cases, still are) open to accession by American states only.

³⁷ Article IX of the Washington Convention — “When a work created by a national of any Contracting State or by an alien domiciled therein has secured protection in that State, the other Contracting States shall grant protection to the work without requiring registration, deposit, or other formality. [...]”

³⁸ The Washington Convention has replaced the Buenos Aires Convention of 1910. The Havana revision of the Buenos Aires Convention (1928), which superseded the original Buenos Aires Convention, incorporates the *lex originis* conflict-of-law principle similar to the Montevideo Convention [Troller A., 1952: 28]. Whether the Montevideo Convention is considered an inter-American treaty within the meaning of Article XVII of the Washington Convention is a matter of interpretation. Some scholars lean towards the view that it is not; cf. [Goldstein M., 1995: 252], for example.

fering from *lex loci protectionis*, particularly regarding copyright ownership, it is now time to analyze the potential conflict between these international agreements and the national treatment principle, and ultimately to show how such a conflict is to be resolved.

Where two or more international treaties cover the same subject matter, it is necessary to consider any potential conflict between these treaties and decide which of them is to be applied in a particular case. We talk about a conflict between two treaties as different sources of particular international law. It should first be noted the conclusion of a multilateral treaty does not, *per se*, preclude the application of an older bilateral or multilateral treaty concerning the same subject matter [Boguslavsky M. M., 1973: 19].³⁹ The legacy treaties must be assessed primarily in light of Article 20 of RBC and, where applicable, Article XIX UCC, which may prevent their application in their entirety or of some of their individual provisions. The TRIPS Agreement and its relationship with legacy copyright treaties are omitted from this analysis, as the resolution of potential conflicts is rather evident from the analysis of Article 20 of RBC below.⁴⁰ Moreover, as for the national treatment principle, to a certain extent it merely refers to the RBC.⁴¹ Similarly, there is no reason to discuss WIPO Copyright Treaty 1996 (WCT), as it fully relies on the Berne Convention in this regard.⁴²

This study focuses on two multilateral copyright treaties that establish the principle of national treatment — the UCC and the RBC. Both of these global trendsetters in establishing the national treatment principle are widely recognized.⁴³ Both treaties include a specific provision regulating its relationship with other international treaties — Article XIX UCC and Article 20 RBC. Whilst Article XIX of the UCC is relatively straightforward, leaving little room for doubt regarding the relationship between the UCC and legacy treaties, Article 20 of Berne Convention requires a more comprehensive analysis. Before analyzing the mentioned provisions of the

³⁹ It is necessary to reject the generalized view that the Berne Convention takes precedence over all other treaties in the field of intellectual property within its scope (such opinion is expressed, for instance, in [Schaafsma S., 2022: 6]).

⁴⁰ Article 1(1) TRIPS states explicitly that countries are free to provide more extensive protection — “Members shall give effect to the provisions of this Agreement. Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement. [...]”

⁴¹ See Article 3(1) TRIPS.

⁴² See Article 1 WCT.

⁴³ As of 2024, the Berne Convention has 181 contracting parties and the Universal Copyright Convention has 99 contracting parties.

RBC and UCC, it is appropriate to first examine the nature of potential conflicts between international agreements in general by referring to the relevant international law doctrine.

First thing to be noted is the primacy of multilateral treaties over bilateral treaties is merely a political dogma, rather than a legal rule; see: [Majoros F., 1971: 40–41]. To portray the relationship between international treaties, the dissenting opinion of Prof. Anzilotti in the *Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie* case before the then Permanent Court of International Justice⁴⁴ can be highlighted, according to whom the most important and delicate task of interpreting a legal text is to decide whether the contradictory nature of two particular rules is not solely a mere semblance; in other words, how two seemingly contradictory rules are to be coordinated, and only if they cannot, then finally to decide which of them is to be applied over the other.⁴⁵

The international law doctrine quite uniformly rejects mutual intolerance between conflicting provisions contained in different legal instruments, favoring instead their mutual harmonization to the highest possible degree. In the event of a conflict between two international obligations, it is necessary, before giving preference to one of them to the detriment of the other, to assess whether it is possible to reconcile them, to blend them together [Bureau D., 2001: 205 et seq.]. One can speak of the so-called presumption of non-conflict. A conflict arises only when two treaties relating to the same subject matter are incompatible in the sense that they cannot be applied simultaneously in mutual harmony; see: [Villiger M., 2009: 402].⁴⁶

It should be noted even in the case of incompatibility of provisions, one cannot conclude that the overridden (derogated) instrument is abrogated. If two norms cannot be reconciled, one norm will be given priority in a specific case, to the exclusion of the other [Bureau D., 2001: 214 et seq.]. No multilateral treaty implicitly abrogates earlier bilateral agreements [Majoros F., 1971: 53]; [Bureau D., 2001: 203], and any two (or more) competing provisions must, as a matter of principle, be subject to interpretation

⁴⁴ The successor institution to the Permanent Court of International Justice is the today's International Court of Justice.

⁴⁵ Cf. [Cour permanente de justice internationale, 1967: 356-357] — “Déterminer si la contradiction entre deux règles n'est qu'apparente et de quelle manière elles doivent se coordonner entre elles, ou bien déterminer laquelle de deux règles contradictoires s'applique à l'exclusion de l'autre, est une des tâches les plus importantes et les plus délicates de l'interprétation des textes juridiques.”

⁴⁶ Majoros describes this phenomenon as the “règle de l'efficacité maximale,” which holds that among two or more competing provisions, the preferred one should be the one that most effectively achieves the objectives of the conflicting conventions, given the subject matter at hand, see [Bureau D., 2001: 215].

whose primary objective should be the conciliation of the potential conflict in question and the harmonious application of both of these provisions. If it is not possible to reconcile the provisions as such, it should be attempted to reconcile the agreements in their entirety taking regard to their common purpose and rationale. This principle is also expressed in Article 30 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 (hereinafter referred to as VCLT).⁴⁷ Some authors consider the *lex specialis*⁴⁸ and *lex posterior*⁴⁹ rules as methods for resolving apparent conflicts between norms. According to these authors, antinomy of norms arises only when these rules are insufficient to resolve the conflict between the norms. However, these rules are designed to address and resolve true conflicts cannot be reconciled, not merely apparent ones. In international law, conflicts of norms and their conciliation possess distinct character due to the fact that the particular norms originate from various sources of international law.

One of the tools that can assist in such conciliation is Article 31(3) (c) of VCLT, which provides that, in the interpretation of treaties, the relevant rules of international law are to be taken into account. One such rule of international law is that one international treaty is to be interpreted in light of another and *vice versa* (systemic interpretation). This principle was applied, for example, in the decision of the European Court of Human Rights in the *Al-Jedda v. the United Kingdom* case, which concerned a conflict between obligations under the UN Charter and the European Convention on Human Rights.⁵⁰ Without going into detail, the Court concluded in this

⁴⁷ This rule is sometimes somewhat misleadingly referred to as *lex posterior derogat priori* (see, for example, [Čepelka Č., 1986: 61]). However, it does not imply the direct and unconditional application of all norms contained in the later treaty as if there were no earlier treaty concluded; instead, as Article 30 (3) of VCLT stipulates that “[...] the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty,” it is necessary to deal with the detailed analysis of the “compatibility.”

⁴⁸ *Lex specialis* rule means resolution of contradiction between two norms that have different personal or material scopes of application. If the contradictory norms affect different groups of people or different regulatory objects, the more specific rule takes precedence over the more general rule: *lex specialis derogat legi generali*. The more specific rule therefore applies all cases which fall under its scope of application, the general rule to all those cases that do not fall under the scope of the more specific rule [Krejci H., 2002: 9 – 10].

⁴⁹ *Lex posterior* rule means resolution of contradiction between two norms that have different temporal scopes of application. If one legal norm with the same personal and material scope of application is more recent than the other, and the norms therefore have a different temporal scope of application, the *lex posterior derogat legi priori* principle applies. The more recent law takes precedence over the older one and the older one is derogated.

⁵⁰ Judgment of the European Court of Human Rights of 7 July 2011 in the case of *Al-Jedda v. the United Kingdom*, Application No. 27021/08, paragraph 102 — “In the event of any ambiguity [...] the Court must [...] choose the interpretation which is most in harmony with the requirements of the Convention and which avoids any conflict of obligations.”

case that the two international instruments can be applied in parallel, since relying on a teleological interpretation of the two treaties, the conflict between them is only an apparent one. Based on the rules of interpretation in the VCLT, a reconciliation of obligations arising from competing international treaties must be sought, as only in this way it is possible to realize the fundamental principle and obligation of *pacta sunt servanda*. Although the VCLT, according to Article 4, applies only to treaties concluded after its entry into force (and the VCLT came into force only after the last revision of the RBC (Paris, 1971) was concluded), most of the rules contained therein are based on customary international law, which has applied independently of the VCLT within the normative system of international law also before the VCLT came into force [Villiger M., 2009: 410]; [Kur A., Dreier T., 2013: 11]; [Ricketson S., 2004: 220].⁵¹ Thus, the rules of interpretation in Article 30 VCLT can, in effect, be used together with other rules of customary international law not mentioned in Article 30 of the VCLT (such as the *lex posterior* rule⁵²).

According to the doctrine's predominant view, Article XIX UCC⁵³ provides for the priority of the UCC over any bilateral arrangement that is in force between two or more contracting countries to the UCC on the date of its entry into force. This is true even if the application of the bilateral treaty would *in casu* mean a more extensive protection of the author's rights, i.e., it would be *iure materiali* more extensive.⁵⁴ There are as well differing views advocating the need for an extensive interpretation, and thus not preventing the application of bilateral arrangements providing for more extensive protection. However, given the absolute absence of ambivalence in the literal wording of Article XIX, one should trust the rationale of the makers of the UCC and hence follow the principle *clara non sunt interpretanda*.

⁵¹ Consistent with this is the judgment of the European Court of Human Rights of 21 February 1975 in the case of *Golder v. the United Kingdom*, Application No. 4451/70 — “La Cour est disposée à considérer, avec le gouvernement et la Commission, qu'il y a lieu pour elle de s'inspirer des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Cette convention n'est pas encore en vigueur et elle précise, en son article 4, qu'elle ne rétroagira pas, mais ses articles 31 à 33 énoncent pour l'essentiel des règles de droit international communément admises et auxquelles la Cour a déjà recouru.”

⁵² Cf. Article 59(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), which permits the *lex posterior* rule in principle only if all parties to the earlier treaty conclude the later treaty.

⁵³ Article XIX UCC — “This Convention shall not abrogate multilateral or bilateral conventions or arrangements in effect between two or more Contracting States. In the event of any difference between the provisions of such existing conventions or arrangements and the provisions of [UCC], the provisions of [UCC] shall prevail. [...]”

⁵⁴ Cf. [Majoros F., 1971: 79].

A slightly different regime was negotiated in the UCC for treaties between two or more American republics (Article XVIII). This different regime is discriminatory in nature and one can barely find a rational justification for it, be it in terms of its form of expression or its material basis. Considering the scope of this study, a detailed analysis of this Article is omitted.⁵⁵ Furthermore, the UCC is already of limited relevance, as all of its contracting countries are currently also contracting countries to the RBC, or are WTO members (cf. Article 9 of TRIPS), and the UCC provides in its Annex Declaration relating to Article XVII(c) that “[i]n relations between States bound by the Berne Convention, the Universal Copyright Convention shall not apply with respect to the protection of works the country of origin of which, under the Berne Convention, is a State of the Berne Union”.⁵⁶ Moreover, the application of the UCC is also precluded should a country withdraw from the Berne Union.⁵⁷

On the other hand, Article 20 RBC is way more challenging for interpretation. Its content cannot be clarified by simply referring to the *paremia interpretatio cessat in claris*. The foundation of today’s content of Article 20 is the Article 15 (together with the Additional Article) of the original Berne Convention 1886 [Majoros F., 1971: 48]. The wording of Article 20 has remained unchanged since the 1908 Berlin Conference, and reads as follows:

“The Governments of the countries of the Union reserve the right to enter into special agreements among themselves, in so far as such agreements grant to authors more extensive rights than those granted by the Convention, or contain other provisions not contrary to this Convention. The provisions of existing agreements which satisfy these conditions shall remain applicable.” This so-called “principle de la non-diminution de la protection” can be divided into two parts. The countries of the Union may conclude other agreements among themselves, provided that these agreements: 1) grant to authors more extensive rights than the RBC, or 2) contain other provisions not contrary to the RBC.

It may seem to be a problem that most norms in bilateral treaties, albeit granting more extensive rights to authors, can be perceived as in some way

⁵⁵ A more detailed analysis of the differential approach in regard to US treaties cf. [Majoros F., 1971: 78–87].

⁵⁶ This is a clause by which the general rule of priority of later treaty (in this case, the UCC) is derogated in favor of the earlier treaty (in this case, the RBC) [Čepelka Č., 1986: 59–60].

⁵⁷ Appendix declaration relating to Article XVII(a) UCC — “[...] Works which, according to the Berne Convention, have as their country of origin a country which has withdrawn from the International Union created by the [RBC], after January 1, 1951, shall not be protected by the [UCC] in the countries of the Berne Union; [...]”

contradicting the provisions of the RBC. International law norms always exhibit a degree of contradiction that cannot be resolved by conventional technical procedures of positive law *per se*. *Majoros* argues that the drafters of the RBC in terms of its Article 20 barely had other incompatibility situations in mind than those in which a bilateral instrument explicitly reduces the extent of author's protection [Majoros F., 1971: 54].⁵⁸ Similarly, *Olagnier* also points out that the ratification of the Berne Convention did not cause *inapplicability* of other agreements that are more favorable for rightholders and were negotiated between particular countries [Olagnier P., 1934: 7]. Accordingly, if the rationale of a treaty is to establish merely a minimum standard of protection, such a treaty should not, in principle, preclude compliance with other country's obligations that set a higher standard of protection [Niemann I., 2006: 301].

This approach to interpretation, which is not *prima facie* obvious from the literal reading of Article 20, was confirmed by Swiss case law in the early years after the Berne Act of 1886 entered into force. In the case of *Gounod v. Mayer, Kunz & Co.*, the principal question was whether a provision of a bilateral treaty that is irreconcilably in contradiction with a provision of the Berne Convention 1886 can still be applied after the Berne Convention 1886 entered into force and became applicable on the case in question. In particular, the case concerned the conflict between the principle of national treatment (Article 2 of the 1886 of the Berne Convention 1886) and the principle of material reciprocity provided for in Article 20 of the Franco-Swiss Convention⁵⁹ of 1882. According to the latter mentioned Article 20 in conjunction with Article 1 of the Franco-Swiss Convention, authors of musical works first published in France enjoy in Switzerland the same rights French law grants to Swiss composers. Article 20 of the Franco-Swiss Convention, referring to French law, thus constitutes a rule of substantive reciprocity, provided that the French law referred to in this unilateral conflict-of-laws rule provides identical protection to Swiss authors as to French authors [Majoros F., 1971: 65, 66]; for details see: [Schaafsma S., 2022: 54 et seq.]. In the present case, Charles Gounod sought damages from the Tribunal de commerce de Genève against Mayer, Kunz & Co.⁶⁰ and an injunction

⁵⁸ The doctrine agrees that the TRIPS Agreement, *WIPO Copyright Treaty 1996*, and even the *Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)* and *Treaty on European Union (TEU)* constitute treaties in the sense of Article 20 RBC. The Berne Convention generally does not impede their application (cf. [Dreier T., Hugenholtz P. B., 2006: 73]). Nonetheless, bilateral treaties are, in this context, often overlooked.

⁵⁹ Convention entre la Suisse et la France, pour la garantie réciproque de la propriété littéraire et artistique, signée le 23 février 1882.

⁶⁰ Tribunal de commerce de Genève, 5 juin 1890, *Charles Gounod c. Mayer, Kunz et Cie*. The text of the decision is available in: Union internationale pour la protection des

against further use of the opera work *Faust*, of which Gounod was the composer. The question of whether to apply French law, which grants authors broader rights than those provided under the Berne Convention prescribing the principle of national treatment (implying the application of Swiss law) is a textbook example for interpreting Article 15 and the Additional Article (now Article 20 of RBC) governing conflicts between “Union” provisions and bilateral agreements. The company, in its defense, argued that because of the entry into force of the Berne Convention, French authors were not entitled to invoke French law in their favor on Swiss territory and that their rights were limited to those conferred by the Swiss law, according to which there was no infringement. The Tribunal de Commerce, as the court of first instance, recognized that authors coming from a Berne Union country enjoy in other countries the rights that the respective national legislation grants to its own citizens. According to the first instance court, the provisions of the bilateral treaty of 1882, which granted French authors in Switzerland the privilege of application of French law, appeared to be abrogated in light of Article 15 and the Additional Article of the Berne Act (now Article 20 of RBC). Therefore, the action was dismissed.

Gounod lodged an appeal, and the Cour de Justice Civile de Genève reversed the first instance decision stating that the Berne Convention explicitly provides that it does not affect the validity of existing treaties insofar as they grant authors broader rights than the Berne Convention.⁶¹ Furthermore, the court pointed out that the provision of the Additional Article (contained in today’s Article 20) was evidently aimed at cases other than the one at issue in the present dispute. The provisions of older bilateral treaties are rendered inapplicable due to the conclusion of the later convention only in those cases where they contain provisions contrary to the new one, unless the provisions of the earlier convention guarantee *in casu* more extensive rights to authors. The court stated that such provisions, although contrary to the fundamental principles of the Berne Convention, survive by virtue of a formally expressed special exception and that this is most evident from the grammatical construction of the Additional Article.⁶² The appel-

oeuvres littéraires et artistiques. Suisse — Droit international — Traité franco-suisse du 23 février 1882. Le droit d’auteur. 1890, vol. 3, no. 9, pp. 98–100.

⁶¹ Cour de justice civile de Genève, 14 juillet 1890, Charles Gounod c. Mayer, Kunz et Cie — “[Convention de Berne] stipule expressément que la Convention internationale n’affecte en rien le maintien des conventions existantes, en tant que ces conventions confèrent aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par l’Union; les droits des auteurs français ne sont donc pas modifiés par l’entrée en vigueur de la Convention de 1886.”

⁶² Cour de justice civile de Genève, 14 juillet 1890, Charles Gounod c. Mayer, Kunz et Cie — “[...] disposition finale [qui stipule que les conventions antérieures sont modifiées

late court thus dealt with the question of how to accommodate the relative contradiction between the elements of “granting more extensive rights to authors” and being “contrary to the Convention.” The court reasonably argued that there is in fact no contradiction (collision) at all, but rather that the mentioned elements can very well naturally coexist in parallel. While in the eyes of the first instance court the unilateral conflict-of-laws rule leading to the application of the law providing broader protection to the author was deemed to be in contradiction to the Berne Convention regime, the Cour de Justice de Genève upheld the applicability of Article 20 of the Franco-Swiss Convention.

Nonetheless, the decision of the appellate instance was challenged and the case went up to the Tribunal fédéral, which upheld the decision of the previous instance and which in its judgment on the merits left no room for any doubt. In the court’s view, the parties to the Berne Convention expressly reserved the continuing applicability of existing agreements to the extent that such agreements confer broader rights to authors, and did not intend to abrogate their prior bilateral commitments (and prevent future negotiations of such) except for those which, without conferring broader rights to authors, would be contrary to the Convention of 1886.⁶³ Adopting a contrary position would entirely negate the rationale and the spirit of the provision of the Additional Article. The conclusion of the Swiss highest judicial body is fully compliant to the present-day principles of the VCLT which encourages taking into account the objective and purpose of

par la convention nouvelle, en tant qu’elles renfermeraient des stipulations contraires à cette convention nouvelle] vise évidemment d’autres cas que celui dont il s’agit au procès; les conventions anciennes sont modifiées par la nouvelle convention toutes les fois qu’elles contiennent des stipulations contraires, autres que celles accordant aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par l’Union; les stipulations de cette dernière espèce, bien que contraires au principe qui est à la base de l’Union, n’en subsistent pas moins, en vertu d’une exception spéciale formellement exprimée; c’est ce qui résulte de la manière la plus claire de la construction grammaticale de la fin de l’article additionnel.”

⁶³ Tribunal fédéral, 13 décembre 1890, Charles Gounod c. Mayer, Kunz et Cie — “Il ressort [...] avec évidence de l’alinéa 2 de l’article additionnel, rapproché de l’art. 15 de la Convention de 1886, que les parties contractantes ont réservé expressément le maintien des conventions existantes, en tant qu’elles confèrent aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par l’Union, et qu’elles n’ont voulu interdire pour l’avenir et abroger pour le passé que les stipulations qui, sans conférer des droits plus étendus, seraient contraires à la Convention de 1882. Dans l’esprit de cette convention, les droits plus étendus doivent subsister en tout état de cause, et il est inadmissible qu’ils puissent rentrer dans les stipulations « contraires à la Convention » [...]. Il serait, en effet, absurde que l’article additionnel ait d’une part expressément déclaré respecter les droits plus étendus dont il s’agit, et qu’il les ait compris en même temps dans la catégorie des stipulations contraires à la dite Convention, et par conséquent caduques. Admettre une semblable antinomie serait enlever à cette disposition tout sens et toute portée quelconque.”

the treaties to solve a potential conflict between them (see Article 31(1) of VCLT).⁶⁴

The Swiss highest federal court upheld the legal interpretation that favored the more extensive protection of French authors, and that even to the discriminatory disadvantage of Swiss society [Majoros F., 1971: 67–68]. The fact that the Franco-Swiss convention provided French authors (and not only them, but any author having France as the country of origin of his work) with enjoyment of broader rights than Swiss citizens are generally provided with in the Swiss territory does not contradict in any respect the provisions and the nature of the Berne Convention. The Berne Convention prohibits merely negative discrimination against foreigners from the Berne Union countries, but not against the country's own citizens. In a different case, the *Dame Strauss Halévy et Emile Strauss v. Bosson et Collomb*, the application of the Berne Convention provisions was preferred to the application of the same Franco-Swiss Convention, since the application of the Berne Convention meant in this particular case a broader protection of the author's rights.⁶⁵

Although some modern bilateral and multilateral copyright-related treaties grant right holders more extensive protection than the RBC,⁶⁶ it is rare for such protection to result from the application of foreign copyright law determined by a conventional conflict-of-laws rule that does not comply with the national treatment principle. This is why older decisions from the late 19th century are presented here, rather than relying on recent rulings, as there are barely any. It remains conceivable even today, perhaps particularly in the context of initial copyright ownership, that the connecting factor in a conflict-of-laws rule could be decisive for the “extent of protection” granted to the “right holder,” or for protection to be granted at all. Under the prism that the primary rationale of international copyright treaties is to protect the author as a creative natural person expressing his intellectual personality in the work, it is imaginable that, in cases of con-

⁶⁴ Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) — “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

⁶⁵ Tribunal fédéral, 25 septembre 1891, *Dame Strauss-Halévy et Emile Strauss c. Bosson et Collomb*. The text of the decision is available in: *Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques. Suisse — Convention du 9 septembre 1886 — Traité franco-suisse du 23 février 1882, Articles 20 et 21. Le droit d'auteur. 1891, vol. 4, no. 11, pp. 130–132.*

⁶⁶ See, for example, the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership from 2018 (CPTPP) which evolved from the Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP). The term of protection for copyright and related rights is stipulated there to be 70 years (cf. Article 18.63 TPP).

flict between two conflict-of-laws rules, preference would be given to the one that establishes the natural person as the author in the specific case. Conversely, looking at the same scenario through the lens of protection of the incentive to create and thereby the protection of creativity on its own as the ultimate rationale of copyright and international copyright treaties, the conflict-of-laws rule that designates a legal person as the right holder may be given preference. This is because the incentive to create often manifests through the financial resources invested in the provision of tools and conditions for the individual engaging in the creative work as such.

However, it is not possible to make an absolute conclusion that it will always be the provision granting the most extensive protection of author or right holder that will unconditionally be given precedence. The collective interests by which right holders are limited — the so-called *emprunts licites* (e.g., right of quotation), which find their expression, for example, in Articles 10 and 10bis RBC, cannot be limited by reference to a law that does not provide for similar collective interest copyright exceptions and cannot be regarded in this sense as providing more extensive copyright protection [Majoros F., 1971: 69–70].⁶⁷

One can also mention situations where national law provides *in casu* more extensive protection to a foreigner than applicable international treaties do. The said above explained rule of granting most extensive protection to author/right holder holds for conflicts between two or more international agreements, but not to a “conflict” between a treaty and national law. In the latter mentioned case, it is possible to come to the conclusion that the international treaty is generally to prevail [Despagne F., 1909: 203]. It is therefore not excluded that a foreigner who is endowed with legal status resulting from an international treaty may also be disadvantaged in comparison to other foreigners. This would not be the case if such a disadvantageous application of the law conflicted with the principle of non-discrimination enshrined in a constitutional law or a relevant international treaty. There are countries that insist on the *lex loci protectionis* principle as a matter of state sovereignty, because they do not want to let foreign value systems intrude into the national legal order through conflict-of-laws norms. On the other hand, French case law prefers the application of the *lex originis* rule as for copyright ownership, as long as the Berne Convention prescribing national treatment is not applicable in the particular case.⁶⁸

⁶⁷ On the contrary, Niemann argues that “[d]ie Ausnahmebestimmungen der Art. 9 und 10 RBÜ sind [...] als Ausnahmen vom Mindestrecht zu begreifen, d. h. insofern besteht keine Pflicht zum Urheberschutz, diesen zu gewähren ist aber keineswegs verboten.” [Niemann I., 2006: 303].

⁶⁸ See the decision of the French Highest Court in the case of *Le Chant du Monde*, on which the RBC was not applicable — Cass. 1e civ., 22 décembre 1959 (*Le Chant*

Conclusion

The article began with the premise that the national treatment principle has conflict-of-laws implications in the sense that it mandates the countries to use the *lex loci protectionis* connecting factor also for the ownership of copyright issue. This assumption gives rise to a potential conflict between national treatment principle, as established by multilateral treaties such as the Berne Convention, and bilateral copyright treaties that prescribe different conflict-of-laws rules, particularly concerning the determination of copyright ownership.

It was shown that in addition to the Montevideo Convention 1889, which prescribes rather explicitly the *lex originis* conflict-of-laws rule, there is a number of bilateral treaties that implicitly or explicitly demand the use of various connecting factors for the copyright ownership issue other than the *lex loci protectionis*. Notwithstanding the complex nature of Article 20 RBC, the RBC does not prevent, under certain circumstances, the application of from the *lex loci protectionis* differing conflict-of-laws rules contained in legacy copyright treaties. Applicability of a provision of a bilateral treaty between two countries that are also parties to the RBC is determined based on the principle of purpose compatibility (cf. Article 30 (4) (a) VCLT, which refers to Article 30(3) VCLT).⁶⁹ Courts must determine the primacy of applicability of provisions in particular international treaties on a case-by-case basis, aiming to reconcile competing provisions where possible, in line with the principle of systemic interpretation in international law. General tolerance between norms within particular international law, and thus their relative compatibility, is the ideal aimed for. It is therefore possible that, in certain cases, the *lex originis* principle for copyright ownership may apply, even when the RBC — and thus the principle of national treatment — would generally govern. It was demonstrated on case-law examples that it is not always the *lex posterior* rule that decides provision of which international treaty prevails.

The ultimate rule is to try to coordinate the application of all potentially conflicting treaties in a way that their common purpose and rationale is preserved, and thus to achieve harmony through their “simultaneous” ap-

du Monde) — “[...] aucun texte ne prive les étrangers auteurs d’oeuvres littéraires ou artistiques publiées ou représentées originaires hors de France, comme en l’espèce, de la jouissance en France du monopole d’exploitation résultant d’un droit d’auteur [...]” and contrast with the case ABC News — Cass. 1e civ., 10 avril 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510 (ABC News). See also: [Niboyet M.-L., 2015, 79].

⁶⁹ As for the relationship with third countries in this sense, the norms of the bilateral treaty will generally have no effect on these third countries in the light of the *pacta tertiis non nocent* principle [Čepelka Č., 1986: 61].

plication. With regard to the subject matter at hand, the provision most effectively achieves the objectives of the conflicting conventions in the particular case should be given preference. In copyright realm, the usual rationale of international agreements is to provide foreign authors/right holders with possibly the most extensive protection. Copyright ownership is, however, a preliminary question to the provision of protection as such. For this reason, it may be decisive how a particular legal order perceives the rationale of copyright — whether it views copyright primarily as a means to protect authors as natural persons investing their intellectual creativity in their works, or rather as a mechanism to safeguard creativity itself and promote future creation of creative content, often driven by financial incentives. The choice between determining copyright ownership based on *lex originis* or *lex loci protectionis* in case of conflict between two international copyright treaties can vary depending on the specific perception of the ultimate rationale of copyright.



Список источников

1. Богуславский М. М. Вопросы авторского права в международных отношениях. М.: Наука, 1973. 336 с..
2. Луткова О. В. Трансграничные авторские отношения: Материально-правовое и коллизионно-правовое регулирование. Дис. ... д. ю. н. М., 2018. 417 с.
3. Bertrand A. Droit d'auteur. 3e éd. Paris: Dalloz, 2010. 978 p.
4. Bowker R.R. Copyright, its History and its Law. Boston: Houghton Mifflin, 1912. 709 p.
5. Bureau D. Les conflicts de conventions. Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé, 2001, vol. 14, pp. 201–242.
6. Čepelka Č. Právo mezinárodních smluv. Vídeňská úmluva o smluvním právu (1969) s komentářem. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1986. 185 p.
7. Desbois H., Françon A., Kéréver A. Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins. Paris: Dalloz, 1976. 452 p.
8. Despagnet F. Précis de droit international privé. 5e éd. Paris: L. Larose & L. Tenin, 1909. 1250 p.
9. Dreier T., Hugenholtz P. B. Concise European Copyright Law. Alphen an den Rijn: Kluwer Law International, 2006. 476 p.
10. Goldstein M. Derecho de autor. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1995. 736 p.
11. Khadjavi-Gontard B. Der Grundsatz der Inländerbehandlung im internationalen Urheberrecht. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1977. 115 p.
12. Klass N. Das Urheberkollisionsrecht der ersten Inhaberschaft — Plädoyer für einen universalen Ansatz. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil, 2007, pp. 373–386.
13. Krejci H. Privatrecht. 5. Auflage. Wien: Manzsche Verlag, 2002. 284 p.
14. Kur A., Dreier T. European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. 592 p.

15. Leška R. Presumption of Authorship under the Berne Convention and its Application in the Online Environment. In: Y. Gendreau (ed.) *Le droit d'auteur en action: perspectives internationales sur les recours*. Montreal: Les Éditions Themis, 2019, pp. 307–318.
16. Majoros F. *Les arrangements bilatéraux en matière de droit d'auteur*. Paris: A. Pedone, 1971. 130 p.
17. Marek K., Furrer H.-P., Markin A. *Cour permanente de justice internationale. Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice. Série I. Vol. 2 (Les sources du droit international)*. Genève: Librairie E. Droz, 1967. 1288 p.
18. Niboyet M.-L. *Droit international privé*. 5e éd. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2015. 712 p.
19. Niemann I. *Geistiges Eigentum in konkurrierenden völkerrechtlichen Vertragsordnungen. Das Verhältnis zwischen WIPO und WTO/TRIPS*. Berlin: Springer, 2006. 492 p.
20. Olgarnier P. *Le droit d'auteur. Tome second. Le droit moderne*. Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1934. 391 p.
21. Olian I.A. Jr. *International Copyright and the Needs of Developing Countries: The Awakening at Stockholm and Paris*. *Cornell International Law Journal*, 1974, vol. 7, no. 2, pp. 81–112.
22. Ottermann M. *Der Werkschöpfer im Arbeits- und Auftragsverhältnis: Die originäre Inhaberschaft des Urheberrechts unter Berücksichtigung des Urheberpersönlichkeitsrechts und des Urheberskollisionsrechts in Deutschland, England und den Niederlanden*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2019. 708 p.
23. Püschel H. (ed.) *Urheberrecht Meyers Taschenlexikon*. 2. Aufl. Leipzig: VEB Bibliographisches Institut, 1980. 556 p.
24. Regelin F. P. *Das Kollisionsrecht der Immaterialgüterrechte an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*. Frankfurt: Peter Lang, 2000. 356 p.
25. Ricketson S. *The Berne Convention: the continued relevance of an ancient text*. In: Vaver/Bently. *Intellectual Property in the New Millennium. Essays in Honour of William R. Cornish*. Cambridge: University Press, 2004, pp. 217–233.
26. Ricketson S., Ginsburg J. *International Copyright and Neighboring Rights. The Berne Convention and Beyond*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2005. 1540 p.
27. Schaafsma S. *Intellectual Property in the Conflict of Laws. The Hidden Conflict-of-law Rule in the Principle of National Treatment*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022. 608 p.
28. Schack H. BGH, 02.10.1997 — I ZR 88/95. *Kollisionsrechtliche Probleme im internationalen Filmurheberrecht*. *Juristen Zeitung*, 1998, vol. 53, no. 20, pp. 1015–1020.
29. Schack H. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. 9. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019. 766 p.
30. Stieß K. *Anknüpfungen im internationalen Urheberrecht unter Berücksichtigung der neuen Informationstechnologien*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005. 301 p.
31. Troller A. *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1952. 294 p.

32. Troller A. Die mehrseitigen völkerrechtlichen Verträge im internationalen gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1965. 226 p.
33. Ulmer E. Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1975. 124 p.
34. Villiger M. Handbuch Internationales Privatrecht mit Hinweisen auf das Internationale Zivilverfahrensrecht. Leiden/Boston: Koninklijke Brill, 2009. 522 p.
35. Von Hein J. et al. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 13. Internationales Privatrecht II (Internationales Wirtschaftsrecht, Art. 50-253 EGBGB). 8. Aufl. München: C. H. Beck, 2021. 2899 p.
36. Von Hein J. et al. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 12. Internationales Privatrecht II (Internationales Wirtschaftsrecht, Art. 50-253 EGBGB). 7. Aufl. München: C. H. Beck, 2018. 2788 p.



References

1. Bertrand A. (2010) *Droit d'auteur*. 3e éd. Paris: Dalloz, 978 p.
2. Boguslavsky M. M. (1973) *Copyright Issues in International Relations*. Moscow: Nauka, 336 p. (in Russ.)
3. Bowker R. (1912) *Copyright, its History and its Law*. Boston/New York: Houghton Mifflin Harcourt, 709 p.
4. Bureau D. (2001) Les conflicts de conventions. *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, vol. 14, pp. 201–242.
5. Čepelka Č. (1986) *Právo mezinárodních smluv*. Vídeňská úmluva o smluvním právu (1969) — s komentářem. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 185 p.
6. Desbois H., Françon A., Kéréver A. (1976) *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*. Paris: Dalloz, 452 p.
7. Despagnet F. (1909) *Précis de droit international privé*. 5e éd. Paris: L. Larose & L. Tenin, 1250 p.
8. Dreier T., Hugenholtz P. B. (2006) *Concise European Copyright Law*. 1st ed. Alphen an den Rijn: Kluwer Law International, 476 p.
9. Goldstein M. (1995) *Derecho de autor*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 736 p.
10. Khadjavi-Gontard B. (1977) *Der Grundsatz der Inländerbehandlung im internationalen Urheberrecht*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 115 p.
11. Klass N. (2007) *Das Urheberkollisionsrecht der ersten Inhaberschaft — Plädoyer für einen universalen Ansatz*. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht—Internationaler Teil, pp. 373–386.
12. Krejci H. (2002) *Privatrecht*. 5. Aufl. Wien: Manzsche Verlag, 284 p.
13. Kur A., Dreier T. (2013) *European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials*. Cheltenham: Edward Elgar, 592 p.
14. Leška R. (2019) *Presumption of Authorship under the Berne Convention and its Application in the Online Environment*. In: Y. Gendreau (ed.) *Le droit d'auteur en action: perspectives internationales sur les recours*. Montreal: Les Éditions Themis, pp. 307–318.
15. Lutkova O. V. (2018) *Cross-Border Copyright Relations: Material Law and Conflict-of-Laws Regulation*. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 417 p. (in Russ.)

16. Majoros F. (1971) *Les arrangements bilatéraux en matière de droit d'auteur*. Paris: A. Pedone, 130 p.
17. Marek K., Furrer H.-P., Markin A. (1967) Cour permanente de justice internationale. Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice. Série I. Vol. 2 (Les sources du droit international). Genève: Librairie E. Droz, 1288 p.
18. Niboyet M.-L. (2015) *Droit international privé*. 5e éd. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 712 p.
19. Niemann I. (2006) *Geistiges Eigentum in konkurrierenden völkerrechtlichen Vertragsordnungen*. Das Verhältnis zwischen WIPO und WTO/TRIPS. Berlin: Springer, 492 p.
20. Oagnier P. (1934) *Le droit d'auteur*. Tome second. Le droit moderne. Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 391 p.
21. Olian I.A. Jr. (1974) International Copyright and the Needs of Developing Countries: The Awakening at Stockholm and Paris. *Cornell International Law Journal*, vol. 7, no. 2, pp. 81–112.
22. Ottermann M. (2019) *Der Werkschöpfer im Arbeits- und Auftragsverhältnis: Die originäre Inhaberschaft des Urheberrechts unter Berücksichtigung des Urheberpersönlichkeitsrechts und des Urheberskollisionsrechts in Deutschland, England und den Niederlanden*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 708 p.
23. Püschel H. (ed.) (1980) *Urheberrecht Meyers Taschenlexikon*. 2. Aufl. Leipzig: VEB Bibliographisches Institut, 556 p.
24. Regelin F. P. (2000) *Das Kollisionsrecht der Immaterialgüterrechte an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*. Frankfurt: Peter Lang, 356 p.
25. Ricketson S. (2004) *The Berne Convention: the continued relevance of an ancient text*. In: Vaver/Bently. *Intellectual Property in the New Millennium. Essays in Honour of William R. Cornish*. Cambridge: University Press, pp. 217–233.
26. Ricketson S., Ginsburg J. (2005) *International Copyright and Neighboring Rights. The Berne Convention and Beyond*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1540 p.
27. Schaafsma S. (2022) *Intellectual Property in the Conflict of Laws*. The Hidden Conflict-of-law Rule in the Principle of National Treatment. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 608 p.
28. Schack H. (1998) BGH, 2. 10. 1997–I ZR 88/95. Kollisionsrechtliche Probleme im internationalen Filmurheberrecht. *Juristen Zeitung*, vol. 53, no. 20, pp. 1015–1020.
29. Schack H. (2019) *Urheber – und Urhebervertragsrecht*. 9. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 766 p.
30. Stieß K. (2005) *Anknüpfungen im internationalen Urheberrecht unter Berücksichtigung der neuen Informationstechnologien*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 301 p.
31. Troller A. (1952) *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 294 p.
32. Troller A. (1965) *Die mehrseitigen völkerrechtlichen Verträge im internationalen gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 226 p.
33. Ulmer E. (1975) *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 124 p.

34. Villiger M. (2009) Handbuch Internationales Privatrecht mit Hinweisen auf das Internationale Zivilverfahrensrecht. Leiden/Boston: Koninklijke Brill, 522 p.
 35. Von Hein J. et al. (2018) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 12. Internationales Privatrecht II (Internationales Wirtschaftsrecht, Art. 50-253 EGBGB). 7. Aufl. München: C. H. Beck, 2788 p.
 36. Von Hein J. et al. (2021) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 13. Internationales Privatrecht II (Internationales Wirtschaftsrecht, Art. 50-253 EGBGB). 8. Aufl. München: C. H. Beck, 2899 p.
-

Information about the author:

J. Hodermarsky — PhD student.

Информация об авторе:

Я. Годермарский - аспирант.

The article was submitted to editorial office 08.12.2024; approved after reviewing 15.01.2025; accepted for publication 04.02.2025.

Статья поступила в редакцию 08.12.2024; одобрена после рецензирования 15.01.2025; принята к публикации 04.02.2025.

Научная статья

JEL: K31

УДК: 349.2

DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.247.279

Правовое регулирование платформенной занятости в странах БРИКС



Денис Александрович Новиков¹,
Фатима Курмановна Ногайлиева²

^{1,2} Санкт-Петербургский государственный университет, Россия, 199034 Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9,

¹ d.novikov@spbu.ru, ORCID iD 0000-0003-2727-5357

² f.nogaylieva@spbu.ru, ORCID iD 0000-0002-1686-7739



Аннотация

Цель работы — рассмотреть состояние правового регулирования платформенной занятости в государствах БРИКС, оценить общие проблемы и выработать направления их решения. Для достижения этой цели в качестве основного метода избран сравнительно-правовой метод. Исследование состоит из нескольких разделов. В первом разделе рассмотрены преимущества и недостатки использования платформенной занятости для разных участников, а также смоделированы возможные направления взаимного согласования интересов с целью правового урегулирования упомянутых отношений. В следующих разделах последовательно приведен подробный анализ правового регулирования и правоприменительной практики в каждой из стран БРИКС. В качестве самостоятельного раздела приведена краткая аналитика правового регулирования в новых государствах БРИКС. Во всех исследованных государствах отмечается расширение объема платформенной занятости в той или иной степени; наблюдается аналогичная во всех странах структура распределения по половым, возрастным, профессиональным характеристикам занятых на платформах, сфера деятельности платформ, уровень заработной платы, а также проблемы и риски, с которыми имеют дело занятые на платформе. Выявлено, что меры, принимаемые государствами в ответ на рост фактически неурегулированного сектора экономики — растущую платформенную занятость различаются. Некоторые страны занимают выжидательную позицию в подходе к введению регуляторных изменений. Другие вводят «мягкое регулирование» при

минимуме обязательных требований. Третьи разрабатывают специальное регулирование платформенной занятости, вводя особые правовые статусы занятых на платформах, не всегда при этом выдерживая линию особенностей этой категории занятых. Во всех рассмотренных странах выявлены схожие потенциальные направления дальнейшего регулирования: нормативное определение категорий платформенной занятости, закрепление перечня обязанностей цифровых платформ перед занятыми (обеспечение доступности социального и медицинского пакета, прозрачность доступа к платформе и условий распределения работы на ней, возможность работы на нескольких платформах, коллективные права, рамки режима труда и отдыха, аспекты безопасности условий труда и места его осуществления).



Ключевые слова

трудовые отношения; цифровая экономика; цифровая платформа; гиг-работа; прекаризация; платформенная занятость.

Благодарности: статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Новиков Д.А., Ногайлиева Ф.К. Правовое регулирование платформенной занятости в странах БРИКС // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 1. С. 247–279. DOI: 10.17323/2072-8166.2025.1.247.279

Research article

Legal Regulation of Platform Employment in BRICS



Denis A. Novikov¹, Fatima K. Nogaylieva²

Saint Petersburg State University, 7 — 9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russia,

¹ d.novikov@spbu.ru, ORCID iD 0000-0003-2727-5357

² f.nogaylieva@spbu.ru, ORCID iD 0000-0002-1686-7739



Abstract

The purpose of the article is to review the state of legal regulation of platform employment in the BRICS member states, assess common problems and work out ways to solve them. To achieve the goal, the method of comparative legal research was chosen as the main one. Study consists of several sections. In the first section the advantages and disadvantages of using platform employment for different participants are considered, as well as possible areas of mutual coordination of interests for the purpose of a legal settlement of the relations mentioned are modeled. The following sections provide a detailed analysis of the state of legal regulation and existing law enforcement practices in each of the BRICS countries. A brief analysis of the legal regulation in the new BRICS states is provided as a separate section. In all the studied states, there has been an

increase in the volume of platform employment to one degree or another; there is a similar distribution structure between countries by gender, age, and professional characteristics of those employed on platforms, fields of activity of platforms, salary levels, as well as problems and risks for those employed on the platform. It has been revealed, the measures taken by states in response to the growth of the virtually unregulated sector of the economy and the growing platform employment vary as following. Some countries are taking a wait-and-see attitude regarding the introduction of regulatory changes, others are introducing soft regulation with a minimum of mandatory requirements, while others are developing special regulation of platform employment, introducing special legal statuses for those employed on platforms, while not always maintaining the line of the real features of these categories of employees. In all the countries considered, there are similar potential areas for further legal regulation: the regulatory definition of the categories of platform employment, the consolidation of the list of responsibilities of digital platforms in front of employees (issues of access to social programs and medical packages, transparency of access to the platform and to conditions of work distribution on it, the possibility of working of one person on multiple platforms, collective rights, clear framework regarding the work regime and recreation, safety of working conditions and the place of its implementation).



Keywords

labor relations; digital economy; digital platform; gig work; precarization; platform employment.

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Novikov D.A., Nogaylieva F. K. (2025) Legal Regulation of Platform Employment in BRICS. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 1, pp. 247–279 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2025.1.247.279

Введение. Постановка проблемы

Сегодня такие понятия, как цифровая платформа, агрегатор, онлайн-платформа, электронная площадка прочно вошли в обывательный и профессиональный оборот, однако даже в первом приближении ясно, что этими терминами могут обозначаться ресурсы, не похожие между собой по функциональному назначению и технологии работы. Отсутствие правового определения понятия «цифровая платформа» и аналогичных ему, а также отсутствие легальных подходов к классификации цифровых платформ в свою очередь значительно затрудняют квалификацию множества разных правоотношений, складывающихся с применением этих платформ.

Одно из самых интенсивно развивающихся направлений применения цифровых платформ — оказание услуг и выполнение работ физическими лицами при помощи цифровой платформы в ка-

честве посредника. Оценки объема и роста этого сегмента рынка труда различаются, но во всех подсчетах прослеживается кратный рост платформенной занятости как по численности занятых, так и по денежному обороту. Так, по состоянию на весну 2024 года в России в платформенную занятость вовлечено 16% работоспособного населения (против 14% в 2022 г.); 12,5% заняты эпизодической работой через платформы, а 3,5% — регулярной, значит, количество регулярно занятых платформенных работников увеличилось за два года с 3,4 млн. до 3,7 млн. человек. Это не самый значимый рост из-за общей нехватки рабочей силы¹. Между тем данные Международной организации труда свидетельствуют о значительном увеличении количества платформ в мировом масштабе: со 193 в 2010 году до 1070 в 2023 году.²

Цифровые платформы облегчают коммуникацию между двумя или более различными, но взаимозависимыми типами пользователей (компаниями или физическими лицами). Такие взаимодействия включают обмен в отношении выполнения работ или оказания услуг, продукции, программного обеспечения, вовлекая личность в реализацию способности к труду в разных формах. При этом возник феномен «платформенной занятости», когда цифровые платформы выступают в качестве биржи, посредника между исполнителями (работ, услуг) и потребителями (клиентами).

Исполнители обращаются к платформе в поисках заказов, работы; заказчики — в поисках исполнителей или услуг. Платформы для быстрого решения этих задач поставляют уникальную цифровую инфраструктуру (возможность создания профиля, размещения и поиска заказов, подбор исполнителя по параметрам, расчеты). Экономический смысл платформ занятости состоит в открытии нового канала сближения спроса и предложения и получения взамен комиссии или платы за свои услуги. За редкими исключениями сами платформы не нанимают работников-исполнителей, а только оказывают им услуги пользования электронной площадкой для поиска заказов, клиентов.

Занятость посредством платформ — это гибкий и доступный любому пользователю интернета способ получения дохода на разовой

¹ Дефицит кадров вышел на платформу. 2024. Available at: URL: <https://www.kommersant.ru/doc/6744396> (дата обращения: 20.09.2024)

² Обеспечение достойного труда в платформенной экономике. Доклад МОТ V (1). 2023. Available at: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40relconf/documents/meetingdocument/wcms_910397.pdf (дата обращения: 23.09.2024)

или постоянной основе. Платформы, как правило, не предъявляют требований для входа (иногда запрашивают удостоверения личности), исполнитель свободен в выборе рабочего графика и заказов, зачастую есть возможность выполнять работу дистанционно, платформа может гарантировать оплату услуг путем резервирования денег от заказчика — эти факторы в совокупности привлекают все большее число занятых, а для отдельных групп населения становятся безальтернативным способом получения дохода (лица с ограниченными возможностями здоровья, студенты, лица без опыта работы, пенсионеры, предпенсионеры, родители малолетних детей).

Негативные оценки платформ как способа занятости связаны, в основном, с отсутствием минимального уровня оплаты труда и компенсации простоя, непрозрачностью распределения заказов, отсутствием социальной защиты и социального страхования. Кажущаяся гибкость в выборе графика работы с совокупности с низкими тарифами на заказы провоцируют чрезмерную интенсивность труда с негативными последствиями для здоровья и работоспособности исполнителя [Cano M., 2021: 53].

Правоотношения, складывающиеся при платформенной занятости, могут иметь признаки как трудовых, так и гражданско-правовых. Оптимальная модель урегулирования этих правоотношений пока не выработана, что вызывает дискуссии среди ученых, юристов, менеджеров, а также служит основной для активной законопроектной деятельности.

Платформа, являя собой цифровую инфраструктуру, позволяющую двум или нескольким лицам взаимодействовать, разрывает связь между работником и работодателем, превращая платформу в квазиработодателя, а своих работников — в лиц с неопределенным правовым статусом [Лушников А.М., Лушникова М.В., 2020: 27]. Впрочем, зачастую платформа осуществляет над исполнителями хозяйскую власть и дисциплинарный контроль, в том числе используя алгоритмы искусственного интеллекта.

Есть позиция, что работа посредством платформ — это новая форма занятости, которую нельзя определить в рамках привычной дихотомии «трудовые отношения и работа по найму» или «самостоятельная занятость и предпринимательство», а попытки вписать платформы в прокрустово ложе традиционного трудового законодательства могут нивелировать все преимущества платформ как для клиентов, так и для исполнителей [Синявская О.В., 2021: 5].

Исследователи-экономисты, сравнивая традиционный труд и платформенную занятость, констатируют появление нового вида

хозяйственных отношений — «цифрового капитализма» [Fagioli A., 2021: 135]. Более того, концентрация влияния глобального бизнеса в отдельных государствах в сочетании с растущей способностью этих государств использовать деятельность платформ в собственных геополитических и экономических целях стала катализатором «капитализма государственных платформ» (state platform capitalism) [Rolf S., 2023: 5].

Всецело и повсеместно разделяемый подход к формализации платформенной занятости отсутствует. Международных актов комплексного регулирования работы цифровых трудовых платформ нет; в ООН платформенная экономика рассматривалась в различных докладах, в том числе касающихся охвата цифровыми технологиями³. В большинстве стран пока ведется активное изучение накопленного опыта и обсуждение возможных правовых форм для этого вида деятельности.

Отмечаются лишь единичные введения в национальное законодательство новых форм трудовых отношений и трудовой деятельности, отвечающих потребностям платформенной экономики: «экономически зависимых самозанятых работников» (Испания), «экономически зависимых работников» (Колумбия), «зависимой самозанятости» (Южная Корея), которые также пока не вполне принимают во внимание специфику платформенной занятости и находятся на стадии становления [Синявская О.В., 2021: 6]. В сентябре 2024 года парламент Сингапура принял законопроект о работниках платформ, выделив их в отдельную правовую категорию между наемными работниками и самозанятыми и закрепив им социальную защиту в рамках накопительной схемы Центрального пенсионного фонда наравне с обычными работниками⁴.

Цель данной статьи — проанализировать и обобщить опыт регулирования платформенной занятости, накопленный в странах БРИКС, обозначив направления ее развития для российской правовой системы. Сегодня БРИКС ассоциируется с новыми формами межгосударственного сотрудничества, и стал актуальным сравнительно-правовой анализ законодательств стран-участниц, в связи с чем встает широкий спектр правовых вопросов, охватывающий все отрасли в контексте сравнительного правоведения.

³ Там же.

⁴ Platform Workers Bill. Brief Overview. Available at: <https://www.shooklin.com/images/publications/2024/Client%20Update%20%28Employment%20-%20Platform%20Workers%20Bill%29.pdf> (дата обращения: 17.10.2024)

1. Платформенная занятость: риски и модели регулирования

Чтобы иметь инструменты оценки законодательства и практики в странах БРИКС, нужно обратиться к расстановке сил при использовании платформенной занятости для реализации товаров и оказании услуг. Функционирование платформ подразумевает взаимодействие трех участников: цифровой платформы, заказчика и исполнителей.

Цифровая платформа в этом взаимодействии — один из узлов цифровой сети, она выполняет роль организатора торгового оборота, места пересечения спроса и предложения. С экономической точки зрения в основе любой сети, как цифровой, так и традиционной, лежит масштабирование сетевого эффекта: чем больше пользователей, тем выше ценность самой сети⁵. Для обеспечения собственного функционирования платформы могут нанимать людей — по трудовым или гражданско-правовым договорам, однако на цифровую платформу не должна возлагаться роль работодателя или заказчика для всех исполнителей, осуществляющих деятельность посредством платформы.

Цифровые платформы не могут считаться участниками рынка в полном смысле этого слова. Они играют организующую роль, являясь в широком понимании своего рода цифровыми посредниками. Платформа — организатор рынка, который создает пользователям равные возможности для непосредственного взаимодействия. Поэтому неверно считать платформой интернет-сайт, страницу сайта или компьютерную программу, которые не обеспечивают непосредственного взаимодействия сторон или сами становятся стороной правоотношений. Для характеристики экономической функции цифровых платформ допустимо провести аналогию с товарными биржами или биржами труда: разница лишь в том, что цифровые платформы используют в качестве инструмента цифровые средства коммуникации и цифровой интерфейс.

Деятельность цифровых платформ, по многим экспертным оценкам, должна подлежать правовому регулированию и государственному контролю: использование цифровых технологий дает платформам возможности неограниченного роста; платформы и экосистемы, в которые они объединяются, занимают существенное,

⁵ Особенности правового регулирования деятельности цифровых платформ. 2022. Available at: URL: <https://zakon.ru/Tools/DownloadFileRecord/26166> (дата обращения: 05.10.2024)

инфраструктурное место в современной экономике. В связи с этим отношение к ним как к обычным коммерческим предприятиям со стороны общества и государства может быть опасным⁶.

Отмечается также, что в условиях глобальной цифровой трансформации общества проявила себя тенденция к платформизации отношений в сфере труда, под которой понимается расширение сферы применения труда платформенных занятых, постепенно вытесняющих с рынка труда работников, состоящих в классических трудовых отношениях [Мотина Е.В., Томашевский К.Л., Чичина Е.В., 2024: 81].

Важную роль играет и колоссальный объем информации, которым располагают платформы и который обрабатывается с помощью не до конца изученных и слабо доступных алгоритмов. Наконец, пользователи цифровых платформ одновременно являются гражданами государства, в задачи которого входят защита их прав и свобод, обеспечение общественной безопасности. Кроме того, по некоторым оценкам, алгоритмическое управление, используемое в большинстве приложений платформ, означает появление новой формы организации и контроля за рабочей силой, увеличивающей фактическое подчинение работников капиталу и ужесточающей формы трудовой эксплуатации и доминирования [Amorim H., 2020: 116].

Что касается статуса заказчиков услуг на цифровых платформах, то ими могут быть как простые потребители (физические лица) в личных и семейных целях, так и предприниматели. Кроме того, у цифровых платформ есть независимые партнеры, например, службы доставки, пункты выдачи заказов, сервисные центры, операторы складской инфраструктуры. Зачастую это индивидуальные предприниматели или небольшие компании, для которых платформы являются значительным источником доходов, а их взаимоотношения регулируются коммерческими договорами и гражданским законодательством.

Наконец, третий участник взаимодействия посредством цифровых платформ — исполнители (физические лица). Наиболее распространенные виды деятельности исполнителей можно укрупненно сгруппировать следующим образом: 1) работающие в сфере ремонта и бытовых услуг; 2) оказывающие помощь в домашнем хозяйстве, оказывающие услуги в сфере красоты и здоровья; 3) занимающиеся репетиторством, различным консультированием, индивидуальными

⁶ Цифровые экосистемы в России: эволюция, типология, подходы к регулированию. 2022. Available at: URL: https://www.iep.ru/files/news/Issledovanie_jekosistem_Otchet.pdf (дата обращения: 07.10.2024)

тренировками; 4) оказывающие услуги по переводу, дизайну, редакции, специалисты в области информационных технологий; 5) работающие в сфере такси и курьерской доставки.

У исполнителей нет оформленных трудовых отношений с платформой, поэтому цифровые платформы не воспринимаются ими как работодатели. В числе факторов, которые привлекают исполнителей в деятельность на платформах, укажем основные.

Платформенная занятость стала каналом расширения опыта населения в самозанятости и индивидуальном предпринимательстве: платформы позволяют оперативно сменить род деятельности и место ее осуществления, стать независимыми, реализовать предпринимательскую инициативу, получить дополнительный заработок, совмещать труд с семейными и иными функциями.

Труд на платформе подразумевает легкий вход на нее, не требующий вложений, доступ к широкой аудитории заказчиков без стартовой рекламы, а также возможность самому выбирать заказы, нарабатывая свою клиентскую базу, навыки и профессиональный опыт (кроме таксистов и курьеров).

Гибкая занятость и возможность самостоятельно определять свою загрузку, а также возможность быстрого заработка, не привязанного к графику выплат заработных плат.

В периоды экономической нестабильности платформенная экономика может выполнять сглаживающую роль: при временной потере работы, вынужденных отпусках или простоях работники могут выходить на платформы в поисках подработок и дополнительной занятости, по своему профилю или за его рамками.

Цифровые платформы дают возможность совершенствовать профессиональные навыки и расширять карьерные возможности большому количеству уязвимых групп работников [Шуралева С.В., 2023: 655].

Объективными причинами отказа исполнителей от платформенного труда и барьерами для вступления в этот вид занятости являются:

Нестабильность и непредсказуемость заработка, связанная с колебаниями потребительского спроса на цифровых площадках, денежными взысканиями или отказом заказчика оплачивать услуги, специфическими взысканиями платформы в виде остановки деятельности исполнителя на определенное время.

Высокая конкуренция среди зарегистрированных на платформах исполнителей и демпинг, не всегда прозрачные алгоритмы распределения заказов.

Коммуникация с заказчиком полностью ведется исполнителем.

Проблема безопасности личных данных.

Занятость на платформе не засчитывается в трудовом и страховом стаже (для тех, кто не оформлен официально на другом месте работы)

Отсутствие карьерного роста при работе через платформу (особенно для пользователей до 30 лет), неуверенность в собственном профессионализме.

Перегрузка, невозможность совмещать основную работу с занятостью на платформе (для тех, у кого есть постоянная работа).

Невозможность получать пособия по временной нетрудоспособности, страховые пособия по беременности и родам, более низкий уровень доступа к пособиям по безработице. В перспективе такие исполнители рискуют стать получателями низкой социальной пенсии по старости, поскольку в период работы на платформе не накапливается пенсионный стаж.

Высокий риск столкнуться с мошенниками/недобросовестными заказчиками.

Не накапливается опыт работы в коллективе, общения и социализации (для специалистов, которые работают дистанционно).

Для снятия противоречий между участниками отношений по применению платформенного труда, а также в зависимости от избираемого вектора социальной и экономической политики возможно внедрение одной из трех обобщенных моделей правового регулирования платформенной занятости.

Первая модель состоит в признании отношений трудовыми с наделением платформенных работников всеми социальными гарантиями. Рассуждения строятся на том, что при нескольких признаках трудовых отношений любые гражданско-правовые, неформальные и иные отношения должны быть признаны трудовыми с распространением на них норм трудового законодательства в полном объеме. В сфере платформенной занятости такими признаками являются, например, выполнение трудовой функции по профессии за плату, а также подчинение установленным в организациях-платформах правилам, графику работы (например, ограничения по времени работы для таксистов) и так далее.

Многие ученые отмечают в связи с этим необходимость пересмотра доктринального подхода к определению трудового правоотношения и его признакам, целью которого должна стать выработка актуальных критериев отнесения отношений к сфере действия норм трудового права в свете расширения нетипичных форм занятости [Черных Н.В., 2023: 108]. Необходимо закрепить новые определения

понятий «работник», «работодатель», «трудовые отношения» в целях недопущения ущемления при этом трудовых прав платформенных трудящихся и их прекаризации [Нургалиева Е. Н., 2024: 65].

Такое решение быстро и с большой вероятностью поставит под угрозу экономический смысл существования платформенной занятости как сектора экономики, который в настоящее время создает условия для вывода из тени многих видов услуг и работ. Регулирование таких отношений общими нормами трудового права, одним из смыслов которых является ограничение власти работодателя, способно ограничить интересы конечного потребителя и в целом потребительский спрос [Гребенщиков А.В., Дивеева Н.И., Кузьменко А.В., 2020: 55]. По этой причине трудовое законодательство не должно распространяться во всей полноте на эти отношения, оставляя многие вопросы на взаимное согласование сторон, в том числе. Вместе с тем экономические преимущества платформенной занятости не должны создавать на рынке труда дисбаланс, который пагубно отражается на работе важнейших социальных сфер государства. Так, заработок курьеров, работающих через цифровые платформы, в России превышает размер зарплаты врачей и учителей⁷, что ведет к оттоку кадров и утрате престижа у данных жизненно важных профессий.

Вариантом этой модели является справедливо критикуемая идея о пересмотре и расширении объема понятий «наемная занятость» и «трудовые отношения» [Menegatty E., 2022: 172].

Вторая модель предполагает «мягкое» регулирование и предоставление социальных гарантий на добровольной основе. Большинство граждан, занятых посредством цифровых платформ — это самозанятые. При этом самозанятость — это налоговый режим, но сами отношения, которые складываются при содействии платформ, не являются трудовыми, поскольку потребители услуг, заказанных через платформу, не выступают в роли работодателей.

Министерство труда и социальной защиты России ищет оптимальный вариант решения этого вопроса, чтобы обеспечивать трудящимся социальный пакет, но с другой стороны, не создавать препятствий развитию цифровых платформ, которые распространились благодаря работе с самозанятыми. Возможным решением является расширение возможностей добровольного страхования определенных рисков при сохранении правового статуса самозанятости. Государство может стимулировать самозанятых к участию в

⁷ Available at: URL: https://www.rbc.ru/society/06/12/2024/675258da9a79470b0302455e?from=from_main_12 (дата обращения: 25.12.2024)

добровольных социальных продуктах путем создания условий социальных пакетов, проведения информационной кампании. Одним из инструментов продвижения этого направления развития может стать экономическое стимулирование платформ, формирующих механизмы для добровольного включения занятых на них работников в программы страхования рисков и программы квалификационного роста.

Кроме того, в правовом регулировании (пусть и менее жестком по сравнению с трудовым законодательством) нуждается оплата труда. Свобода исполнителей решать, сколько и когда им работать через платформу, дает им в идеальном сценарии возможность заниматься другими делами в свободное время. Но если тарифы на оплату их труда будут очень низкими, эта свобода станет иллюзорной: чтобы зарабатывать деньги на базовом уровне, исполнителю придется работать большее количество часов в нарушение санитарных норм. Если предположить, что платформа будет удерживать оплату труда на высоком уровне, то свобода исполнителя в отношении того, в какое время и сколько работать, становится более реальной, а необходимость в классическом регулировании рабочего времени и времени отпусков отпадает [Davidov G., 2024].

Третья модель — либеральная и наименее реалистичная в условиях интенсивного роста сегмента платформенной занятости — состоит в том, чтобы оставить всех исполнителей на платформах без социальных гарантий и специального правового статуса. Такой подход опасен и самим занятым (нестабильность дохода, незащищенность в периоды вынужденного простоя), и цифровым платформам (риск признания занятости наемным трудом). Стоит согласиться с мнением о необходимости принципиально урегулировать работу на основании интернет-платформ, так как именно этот вид занятости активно вытесняет традиционные трудовые отношения, требует переосмысления концептуальных положений как трудового права, так и права социального обеспечения, изменения подходов государства к вопросам занятости и социальной защиты [Коршунова Т.Ю., Моцная О.В., 2022: 77].

В свете достоинств и недостатков этого вида занятости, а также мотивации всех участников отношений на платформах занятости перейдем к оценке опыта регулирования, накопленного в государствах БРИКС.

2. Бразилия: жесткий подход

В 2023 году Бразильский институт географии и статистики сообщил, что у 2,1 млн. человек цифровые платформы являются основ-

ным источником получения дохода; среди них 1,5 млн. человек заняты в сфере пассажирских перевозок или доставки продуктов питания и товаров⁸. Наиболее распространенными на бразильском рынке платформами являются Wokapa (микроработы, 3 млн. человек), iFood (доставка еды, 200 тыс. человек), 99 (перевозки пассажиров и товаров, 750 тыс. человек), Uber (600 тыс. человек)⁹. В структуре занятых на платформах преобладают мужчины (81,3%); 61,3% имеет либо полное среднее, либо высшее образование; большинство занятых на платформах — молодые: 48,4% относятся к возрастной группе от 25 до 39 лет. Среднемесячный доход занятых на платформах составляет 2 645 реалов (приблизительно 45 175 руб.)¹⁰. 77,1% занятых на платформах оформлены в качестве самозанятых, 9,3% не имеют официально оформленного оформления, кроме подключения к приложению платформ¹¹.

Высшим трудовым судом Бразилии неоднократно принимались решения о переквалификации отношений с самозанятыми в трудовые, однако при обжаловании в Верховный федеральный суд они отменялись. По мнению Верховного федерального суда, использование труда на платформах может оформляться как оказание услуг самозанятыми; оно не имеет признаков трудовых отношений¹².

В мае 2023 года федеральное правительство сформировало рабочую группу из работников Министерства труда и занятости, 15 объединений занятых на платформах и 15 платформ в лице Бразильской ассоциации беспроводной связи и технологий (Amobitec). Целью группы стало разработка предложений о регулировании деятельности, осуществляемой с помощью цифровых платформ¹³.

⁸ Lopes L., Castro M. Pesquisa inedita do IBGE mostra que Brasil tem 2,1 milhoes de trabalhadores por aplicativo. 2023. Available at: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2023/10/25/pesquisa-inedita-do-ibge-mostra-que-brasil-tem-21-milhoes-de-trabalhadores-por-aplicativo.ghtml> (дата обращения: 15.10.2024)

⁹ Fairwork Brazil Ratings 2023. Available at: <https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2023/07/Fairwork-Brazil-Ratings-2023-report-EN-red.pdf> (дата обращения: 15.10.2024)

¹⁰ Zanatta R., Silva V., Barcellos V. Emerging trends in the regulation of platform work in Brazil: a preliminary report. Available at: https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2024/03/regulation-of-platform-work_bydataprivacybrasil.pdf (дата обращения: 13.10.2024)

¹¹ Lopes L., Castro M. Pesquisa inedita ...

¹² Available at: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=528592&ori=1> (дата обращения: 14.10.2024)

¹³ Available at: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2023/junho/grupo-de-trabalho-que-busca-regulacao-de-trabalho-por-aplicativo-e-instalado-em-brasilia> (дата обращения: 08.10.2024)

На основании предложений группы был разработан законопроект PLP 12/2024¹⁴, который планировалось принять до конца 2024 года, однако его принятие вызвало резкую критику правозащитников и водителей такси. Данный законопроект, во-первых, исключает водителей, занятых на платформах, из сферы трудового законодательства, а во-вторых, называет «самозанятыми работниками платформ» («trabalhador autônomo por plataforma») лиц, оказывающих услуги частной коммерческой пассажирской перевозки на четырехколесном транспортном средстве при посредничестве платформы–оператора приложения. Платформы определяются как поставщики транспортных услуг.

Самозанятые работники платформ получают право:

на коллективное представительство и защиту (ведение коллективных переговоров; заключение коллективного договора; представительство работников в судах и органах государственной власти) (ст. 3);

на доступ к информации о критериях назначения поездок, начисления баллов, определения величины вознаграждения, отстранения от работы и исключения из платформы на понятном языке, а также к ежемесячному отчету, содержащему подробную информацию о сумме отработанного времени (максимальное время, в течение которого занятые могут быть подключены к одной платформе, не может превышать 12 часов в день), об общем вознаграждении, особом вознаграждении за услуги, выполняемые в периоды повышенного спроса, средней стоимости отработанного часа и ее сравнении с минимальным вознаграждением (ст. 8).

Законопроект PLP 12/2024 устанавливает самозанятым работникам платформ минимальную оплату труда в час (32,10 реала или приблизительно 548 руб.) и в месяц (не менее одной минимальной заработной платы). За отработанный час самозанятым работникам платформ полагается 24,07 реала (приблизительно 422 руб.) для покрытия оперативных расходов (мобильная связь, Интернет, топливо, обслуживание автомобиля, страховка).

Платформы получают право на (ст. 5 законопроекта):

принятие стандартов и мер, гарантирующих безопасность платформы, работников и пользователей и предотвращающих мошенничество, злоупотребления или неправильное использование платформы;

¹⁴ PLP 12/2024. 2024. Available at: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2419243&fichaAmigavel=nao> (дата обращения: 08.10.2024)

принятие стандартов и мер для поддержания качества услуг, оказываемых через платформу, включая приостановку, блокировку и исключение, с соблюдением правил, оговоренных в условиях использования и договорах о членстве в платформе;

использование систем мониторинга выполнения услуг и пройденных маршрутов в режиме реального времени;

использование систем оценки работников и пользователей;

предложение курсов или обучения, а также любых льгот и поощрений для работников.

По данному законопроекту из месячного заработка самозанятых работников платформ будет удерживаться 7,5% в Национальный фонд социального страхования (INSS). Размер страховых взносов платформ за самозанятых работников составит 20% их месячного заработка¹⁵.

Бразильский подход, практически уравнивший платформенных с обычными работниками, допустимо охарактеризовать как жесткий. С одной стороны, это создаст предпосылки соблюдения прав самозанятых, но с другой — может спровоцировать замедление роста числа занятых на платформах вплоть до их ухода в теневой сектор рынка в связи с нежеланием платформ платить страховые взносы.

3. Россия: гибкий подход

По данным Росстата, в нашей стране в 2022 году в трудовую деятельность на платформах были вовлечены около 3,5 млн. человек, в 2023 году - 5,16 млн. человек¹⁶. На начало 2024 года на платформах занято около 7 млн. человек, а к 2026 году их количество может вырасти до 10 млн. человек¹⁷. В 2021 году 1,7 млн. человек в России назвали выполнение заказов через платформы основной и единственной занятостью [Синявская О.В., 2022: 12]. В 2023 году 96% занятых на платформах определили платформу своей основной работой. Наиболее распространены следующие платформы: YouDo (микроработы, зарегистрировано 3,5 млн. человек), Профи.ру (микроработы, 2,3 млн. человек), Яндекс. Еда (доставка еды, 700 тыс. человек),

¹⁵ Available at: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2024/Marco/proposta-de-projeto-de-lei-cria-pacote-de-direitos-para-motoristas-de-aplicativos> (дата обращения: 8.10.2024)

¹⁶ Итоги выборочного обследования рабочей силы. 2024. Available at: URL: <https://rosstat.gov.ru/compendium/document/13265> (дата обращения: 13.10.2024)

¹⁷ Available at: URL: <https://rg.ru/2024/02/21/chislo-zaniatyh-na-cifrovyh-platformah-mozhet-uvlichitsia-do-10-mln-za-dva-goda.html> (дата обращения: 13.10.2024)

Delivery Club (доставка еды, 500 тыс. человек)¹⁸, Яндекс. Такси (перевозка пассажиров, 170 тыс. человек)¹⁹. В структуре платформенной занятости преобладают мужчины (62%), молодежь (48% занятых на платформах имеют возраст 25–35 лет), граждане России (68%). Имеют высшее или неоконченное высшее образование 26%. Средний заработок занятого на платформах в 2022 году составлял 408 рублей в час, а средняя продолжительность рабочей недели — 27 часов²⁰.

27% занятых на платформах работают на основании трудового договора, 46% оформлены в качестве самозанятых, 12% заключили гражданско-правовой договор об оказании услуг как физические лица, 6% — как индивидуальные предприниматели, 9% подключены к приложению платформы, но без официального оформления.

В судебной практике к определению правового статуса занятых на платформах сложились подходы: 1) отсутствие между платформой и исполнителем как трудовых, так и гражданских отношений из-за отсутствия формальных признаков трудовых отношений, а также исполнение работы самозанятым лицом (например, апелляционное определение Московского городского суда от 22.11.2019 по делу № 33-53437/2019); 2) признание отношений гражданскими в спорах о возмещении ущерба, причиненного жизни и здоровью (например, апелляционное определение Омского областного суда от 15.01.2020 по делу № 2-2783/2019).

Первая попытка урегулировать платформенную занятость была предпринята в законопроекте № 275599-8 «О занятости населения в Российской Федерации» от 11.01.2023, первая редакция которого предусматривала внедрения нового вида занятости — платформенной занятости. Однако из принятой редакции законопроекта данные нормы были исключены.

С марта 2024 года рабочая группа экспертного сообщества, бизнеса и Министерства труда и социальной защиты готовит законопроект о регулировании платформенной занятости²¹. Его положе-

¹⁸ Available at: URL: <https://journal.tinkoff.ru/sam-sebe-stat/?ysclid=lmqna4dop208114501> (дата обращения: 13.10.2024)

¹⁹ Available at: URL: <https://www.vedomosti.ru/business/articles/2020/10/01/841894-yandekstaksi-zapustilo> (дата обращения: 13.10.2024)

²⁰ Платформенная занятость: вызовы и возможные решения. Available at: URL: <https://www.csr.ru/upload/iblock/6ca/krk89ha0yxx3ystja243obvc7ly8bntv.pdf> (дата обращения: 12.10.2024)

²¹ Available at: URL: <https://www.vedomosti.ru/economics/articles/2024/03/28/1028432-vlasti-vozobnovili-obsuzhdenie-regulirovaniya-zanyatosti-kurovov-i-taksistov> (дата обращения: 12.10.2024)

ния направлены на регулирование отношений между платформой и занятыми в службах такси, доставки еды, грузоперевозок, почтовых и курьерских службах. Регулирование распространится только на информационные системы, которые включены в реестр платформ, ведение которого будет возложено на Федеральную налоговую службу. Согласно законопроекту, отношения между платформой и занятыми не признаются трудовыми и регулируются Гражданским кодексом Российской Федерации. С занятыми на платформе и платформой будет заключаться гражданско-правовой договор. При этом занятым на платформе будет присвоен обособленный правовой статус, не пересекающийся с правовым статусом самозанятого.

Планируется обязать платформы устанавливать стандарты качества оказания услуг, контролировать лицензирование занятых, информировать занятого об условиях взаимодействия с ним, выступать налоговым агентом занятого. Если платформа допускает нарушения в отношении занятых, она исключается из реестра платформ и отношения признаются трудовыми²². Среди прав платформы выделяются право на установление обязательных требований к работе, штрафование занятого за ненадлежащее исполнение заказа, принятие мер в случае отказа занятым от заказа после его принятия, ведение рейтинга занятого, определение размер и частоты выплаты занятым, в том числе с помощью алгоритмов.

Объем прав занятых на платформах законопроект определяет так: право принимать и выполнять заказы на разных цифровых платформах; право самостоятельно определять место и время принятия и исполнения заказа после ознакомления с его условиями (кроме случаев, когда занятый уже установил промежуток времени, когда он обязуется выполнить заказы); право создавать общественные объединения на добровольной основе. Также предлагается осуществлять решение споров между занятыми и платформой с помощью саморегулируемой организации — совета цифровых платформ занятости.

Таким образом, в случае принятия указанного законопроекта отношения по применению труда на платформах получат легализацию в рамках гражданского законодательства, что поможет развитию платформенной экономики в русле устоявшейся гибкости взаимодействия между участниками отношений. Однако юридически будет иметь место оформление практики исключения занятых на цифро-

²² Available at: URL: <https://roscongress.org/sessions/splf-2024-delovaya-programma-platformennaya-zanyatost-v-tsifrovoy-ekonomike-pravovye-problemy-regulirovaniya-federalnyy-zakon-ob-/about/#> (дата обращения: 13.10.2024)

вых платформах из сферы трудовправовой защиты и системы государственного социального страхования.

4. Индия: децентрализованный подход

Количество занятых на платформах в Индии в 2024 году насчитывает 15 млн. человек (при общей численности трудоспособных 950 млн.)²³, а к 2030 году может достичь 23 млн. человек²⁴. Платформами с наибольшим контингентом занятых являются Ola (перевозка пассажиров и грузов, зарегистрировано 1,5 млн. человек), Zomato (доставка еды, 350 тыс. человек), Swiggy (доставка еды, 205 тыс. человек)²⁵. 87% занятых на платформах составляют мужчины²⁶; 78%—лица в возрасте от 21 года до 40 лет²⁷; большинство имеет среднее или начальное образование²⁸. 83% занятых на платформах работают более 10 часов в день, а 60%—более 12 часов в день²⁹. Среднемесячный заработок занятых на платформах составляет 15 000—20 000 рупий (17 363—23 151 руб.)³⁰.

Действующий с 2020 года Кодекс социального обеспечения Индии выделил категорию «гиг-работников» (gigworkers), в которую входят фрилансеры, независимые подрядчики и платформенные работники. Последние определены как работники, которые используют

²³ Landscape of Gig Economy in India: Opportunities, Challenges, and the Quest for Workers' Rights. 2024. Available at: <https://www.linkedin.com/pulse/landscape-gig-economy-india-opportunities-challenges-quest-kapil-45fkс> (дата обращения: 23.10.2024)

²⁴ Available at: <https://timesofindia.indiatimes.com/city/bengaluru/tech-gig-economy-grows-india-to-have-23-5-million-workers-by-2030/articleshow/111048791.cms> (дата обращения: 19.10.2024)

²⁵ Ola, Swiggy or Zomato—Which Unicorn Has Created More Jobs? 2022. Available at: <https://yourstory.com/2022/05/unicorns-job-upi-ola-swiggy-zomato-flipkart> (дата обращения: 23.10.2024)

²⁶ Available at: <https://ifmrlead.org/gig-economy-the-indian-picture-so-far/> <https://ifmrlead.org/gig-economy-the-indian-picture-so-far/> (дата обращения: 23.10.2024)

²⁷ Why demographic dividend eludes India's gig economy. 2024. Available at: <https://www.newindianexpress.com/opinions/2024/Apr/16/why-demographic-dividend-eludes-indias-gig-economy> (дата обращения: 23.10.2024)

²⁸ Available at: <https://cis-india.org/raw/cis-and-apu-studying-platform-work-in-mumbai-and-new-delhi> (дата обращения: 23.10.2024)

²⁹ Why demographic dividend eludes India's gig economy...

³⁰ Longer working hours and low earnings: How India's gig workforce fares. 2024. Available at: https://www.business-standard.com/industry/news/longer-working-hours-low-earnings-how-india-s-gig-workforce-fares-124031100985_1.html (дата обращения: 24.10.2024)

приложение или веб-сайт для связи с клиентами. Все гиг-работники отнесены к занятым в «неорганизованном секторе экономики»³¹.

Этот сектор претерпевает изменения с внедрением платформ. Например, отмечается, что столярные, электромонтажные и сантехнические работы традиционно выполняются в городах индивидуальными подрядчиками; при определении стоимости работ не учитываются минимальные размеры оплаты труда. Платформенная занятость (курьерские службы, такси) подрывает негласную систему определения стоимости работ, создавая стандарт базовой стоимости услуг и работ [Surie A., 2021: 93].

На организации и работников, входящих в неорганизованный сектор экономики, не распространяются нормы трудового законодательства, включая закон о минимальной заработной плате, закон о Фонде обеспечения работников, закон о премиях работников, закон о заемном труде. Хотя Кодекс социального обеспечения упомянул гиг-работников в качестве обеспечиваемых, механизма их поддержки он не закрепил. Отмечается, что несмотря на усилия по повышению осведомленности о льготах, обеспечению общего благосостояния и финансовой безопасности платформенных работников растет их зависимость от платформ, особенно среди молодых и образованных, и обозначается необходимость разработки дополнительных мер их поддержки [Dhanya M.V., 2024: 27].

В дополнение к Кодексу социального обеспечения Индии в 2023 году штат Раджастан принял Закон о регистрации и социальном обеспечении платформенных гиг-работников³². Закон предусматривает:

обязанность агрегаторов регистрировать всех гиг-работников в правительстве штата для создания единой базы занятости гиг-работников (каждый гиг-работник получит уникальный идентификатор);

обязанность агрегаторов перечислять в Фонд платформенных гиг-работников платеж на социальное обеспечение в размере процентной ставки, утвержденной правительством штата, от стоимости каждой транзакции, связанной с деятельностью гиг-работников на платформе (платформам, не совершившим платеж на социальное обеспечение в срок, будет начисляться неустойка в размере 12% годовых с момента наступления срока платежа, также могут налагаться штрафы за последующие нарушения закона);

³¹ Available at: https://labour.gov.in/sites/default/files/ss_code_gazette.pdf (дата обращения: 24.10.2024)

³² Available at: https://aioe.in/wp-content/uploads/2023/09/Gig_Workers_Bill_2023_1690274461.pdf (дата обращения: 25.10.2024)

доступ гиг-работников к программам социального обеспечения (медицинское страхование, страхование от несчастных случаев);

право гиг-работников на подачу и рассмотрение претензий к платформам.

В штате Карнатака в 2024 году разработан законопроект об условиях труда и социальной поддержки работников³³. Предлагается: обеспечение гиг-работникам гарантированного дохода и безопасности труда, наложение штрафов на платформы за нарушения, создание Совета социального обеспечения гиг-работников с их регистрацией в нем, внедрение мониторинга сделок, взимание с платформ взносов на социальное обеспечение гиг-работников, установление справедливых условий договора между платформами и гиг-работниками, строгие нормы прекращения работы, создание системы рассмотрения жалоб гиг-работников, закрепление обязанности платформы сообщать Совету подробную информацию обо всех зарегистрированных гиг-работниках.

Подход к регулированию платформенной занятости в Индии предполагает создание специального правового статуса платформенных занятых с полным их выведением из круга лиц, на которых распространяется трудовое законодательство. Принципиально признавая платформенных работников субъектами социального обеспечения, индийский законодатель не определяет набора и механизма реализации их поддержки. В Раджастане и Карнатаке конкретизированы нормы о социальной защите платформенных работников, разработаны положения о рассмотрении их жалоб и меры ответственности платформ за нарушение обязательств по взносам на социальное обеспечение. Важным достижением в регулировании платформенной занятости являются нормы о регистрации платформенных работников в правительстве штата, присвоении им идентификаторов и создания единой базы платформенных работников. Данный подход к регулированию платформенной занятости заслуживает названия децентрализованного.

5. Китай: «мягкий» подход

Из всех стран БРИКС в Китае в платформенной деятельности занято наибольшее количество лиц, как по абсолютным, так и по

³³ Karnataka Gig Workers (Conditions of Service and Welfare) Bill, 2024. Available at: <https://ksuwssb.karnataka.gov.in/storage/pdf-files/draftnotification.pdf> (дата обращения: 25.10.2024)

относительным показателям. По сведениям Министерства информационной промышленности КНР, количество занятых на платформах увеличилось с 50 млн. в 2015 году до 84 млн. в 2020 году (при общей численности трудоспособных 865 млн. человек)³⁴. В 2023 году газета «Саут Чайна морнинг пост» сообщила, что в КНР на платформах занято не менее 200 млн. человек³⁵. Около 16% всех доставщиков еды в 2018 году получали с помощью платформ более 90% семейного дохода, а у водителей платформ по перевозке пассажиров этот показатель составил 22,3%. У 43% исполнителей микроработ труд на платформах был единственным источником дохода.

Среди наиболее популярных платформ выделяются: Didi (перевозка пассажиров и грузов, зарегистрирован 21 млн. человек), Meituan (доставка еды, 4 млн. человек)³⁶, Ele.me (то же, 3 млн. человек)³⁷. 73% занятых на платформах — мужчины, 90% — в возрасте от 18 до 40 лет; большинство работников платформ имеет среднее или высшее образование³⁸, 19,1% являются выпускниками высших учебных заведений³⁹. 65,3% занятых на платформах работают по 8–14 часов в день, а 10,8% — более 12 часов [Xiaohui B., 2023]. 5 000 юаней (около 68 000 руб.) — среднемесячный заработок занятых на платформе [Zhou I., 2020].

На платформах трудовые или гражданско-правовые договоры с занятыми в Китае, как правило, не заключаются. В 2019 году только 8% занятых на платформах состояли в трудовых отношениях с платформой (зачастую это работники, технически или организационно обслуживающие платформы).

Судебная практика в спорах с участием занятых на платформах относительно правовой природы отношений выработала позиции:

³⁴ Report on China's Sharing Economy Development. Available at: <http://www.sic.gov.cn/archiver/SIC/upfile/files/Default/20210219091740015763.pdf>. (дата обращения: 25.10.2024)

³⁵ Available at: <https://www.scmp.com/tech/big-tech/article/3228105/chinas-internet-firms-create-least-200-million-jobs-amid-unemployment-crisis-report-finds> (дата обращения: 02.11.2024)

³⁶ Available at: <https://thechinaproject.com/2023/04/27/meituan-couriers-go-on-strike-in-shanwei/> (дата обращения: 02.11.2024)

³⁷ Available at: <https://technode.com/2023/07/17/alibabas-ele-me-enhances-welfare-benefits-for-3-million-delivery-workers/> (дата обращения: 02.11.2024)

³⁸ China Labor Bulletin. The Platform Economy. 2023. Available at: URL: <https://clb.org.hk/en/content/platform-economy> (дата обращения: 02.11.2024)

³⁹ China's gig workers becoming new normal, but «inevitable trend» comes with a burden. 2023. Available at: <https://www.scmp.com/economy/economic-indicators/article/3269601/chinas-gig-workers-becoming-new-normal-inevitable-trend-comes-burden> (дата обращения: 03.11.2024)

1) признание отношений на платформах гражданскими (в делах об определении статуса занятости); 2) признание отношений на платформах трудовыми (в делах о признании травмы производственной и взыскании убытков); при этом в доктрине сложилась позиция: решать нужно не то, как включить платформенных занятых в трудовое законодательство, а как обеспечить их надлежащими механизмами защиты прав [Tianyu W., 2021: 557].

В 2018 году народный суд Чаоянского района Пекина выпустил Белую книгу о рассмотрении трудовых споров на интернет-платформах: с 2015 года до первого квартала 2018 года данный суд принял к рассмотрению 188 дел о трудовых спорах на платформах. Из 171 дела 84% касались определения наличия трудовых отношений. В 58 случаях (55,2%) суд приходил к выводу, что таких отношений не было (дела касались только определения статуса занятости). В 39 делах (37,1%) из 105, по которым было вынесено решение, суд установил, что между сторонами существовали трудовые отношения (дела касались определения и компенсации производственной травмы)⁴⁰.

В феврале 2024 года Министерство человеческих ресурсов и социального обеспечения опубликовало «Руководство о защите прав и интересов работников в новых формах занятости»⁴¹. Сфера его действия охватывает лиц, которые принимают онлайн-задания платформ (доставка, перевозки и домашнее обслуживание), оказывают платформам услуги по интернет-контрактам в соответствии с требованиями платформ и получают вознаграждение за труд. Действие Руководства не распространяется на лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность полностью самостоятельно, но на базе платформ.

Руководство предлагает метод расчета рабочего времени и отдыха работников, занятых в новых формах занятости, под углом особенностей такой занятости. Уточняется, что рабочее время должно определяться на основе суммарного времени, затраченного работником на выполнение всех заказов в русле таких факторов, как необходимость ожидания онлайн-заказов, подготовка к обслуживанию и «удовлетворение физиологических потребностей».

Платформы должны обоснованно определять в рамках консультаций с профсоюзами или представителями вновь принятых работ-

⁴⁰ Available at: <https://bjgy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2018/04/id/3261190.shtml> (дата обращения: 03.11.2024)

⁴¹ Available at: http://www.mohrss.gov.cn/xxgk2020/fdzdgnr/zcjd/zcjd wz/202402/t20240223_513877.html (дата обращения: 03.11.2024)

ников, максимальное время выполнения нескольких заказов подряд и максимальное ежедневное рабочее время работников. Когда работники достигают максимальной продолжительности рабочего дня, система должна напоминать об отдыхе и прекращать выполнение заказов на фиксированный период времени, чтобы предотвратить переутомление работников.

Платформы должны разрабатывать и пересматривать правила трудового распорядка, открыто запрашивая мнения работников, полностью выслушивая мнения и предложения профсоюзов или представителей работников и доводить их до сведения работников не менее чем за семь дней до принятия решения об их применении. Платформы обязаны «постоянно и правдиво раскрывать содержание правил на ясном и понятном языке на видных местах, например, в приложениях, обеспечивая работникам удобство просмотра полного содержания в любое время и оставляя канал обратной связи для выражения мнений и внесения предложений».

Поощряется создание на предприятиях комитетов посредничества в трудовых спорах; разъяснены способы разрешения конфликтов и споров. Работники в новых формах занятости при защите своих прав и интересов вправе обратиться: 1) с жалобой к платформе или в органы разрешения споров, созданные платформой; 2) в профсоюз, в который они входят, или в местную профсоюзную организацию; 3) в народные посреднические комитеты и различные профессиональные организации по посредничеству в трудовых спорах на всех уровнях; 4) в арбитраж по трудовым и кадровым спорам по месту работы, если дело относится к сфере такого арбитража; 5) подать иск в народный суд, обладающий соответствующей юрисдикцией; 6) обратиться в инспекцию охраны труда.

Регулирование платформенной занятости базируется на применении «мягкого права» и выражено в министерском документе «Руководство о защите прав и интересов работников в новых формах занятости». Категория «работники в новых формах занятости» включает работников служб доставки, перевозки и домашнего обслуживания (микроработ), получающих от платформ трудовые задания в режиме онлайн. Платформа признается стороной отношений с работником, возникающих на основе интернет-контракта. Руководством определена структура рабочего времени работников в новых формах занятости (а также способы его учета и алгоритмического контроля за продолжительностью), степень участия и влияния профсоюзов в принятии решений на платформе, система уполномоченных органов для разрешения споров работников с платформой.

6. ЮАР: подход не определен

В Южно-Африканской Республике насчитывается 3,9 млн. человек, занятых на платформах (большинство из них сосредоточено в Кейптауне и Йоханнесбурге), и эта цифра будет возрастать ежегодно на 10%⁴². Наиболее популярны платформы Uber & Uber Eats (перевозки пассажиров, зарегистрировано 150 тыс. человек) и Bolt (то же, зарегистрировано 150 тыс. человек). Более 60% занятых на платформах — мужчины, средний возраст — 30 лет; значительная часть платформенных работников имеет степень бакалавра [Mokofe W.M., 2022: 165]. Средняя продолжительность рабочего дня занятых на платформах — 12 часов [Mrofu T., 2020]. В ЮАР почти все платформы платят занятым не менее установленного законом минимального размера оплаты труда (21,69 рэндов в час — примерно 118 руб.).

Занятые на платформах считаются независимыми подрядчиками [Heeks R., 2021: 270]. Кодекс добросовестной практики устанавливает следующее различие между работником и таким подрядчиком: «работник передает свою способность производить продукцию другому, в то время как независимый подрядчик — тот, чьей обязанностью является получение заданного результата»⁴³. Толкование данных критериев возлагается на суды. Независимые подрядчики выведены из сферы действия норм Закона о трудовых отношениях (Labor Relations Act, 1995) и Закона об основных условиях найма (Basic Conditions of Employment Act, 1997). Исключение составляет Закон о минимуме заработной платы, по которому независимым подрядчикам положена плата не меньше минимальной почасовой⁴⁴.

В делах об определении правовой природы отношений с занятыми на платформах суды отказывают в признании данных отношений трудовыми. Так, в 2016 году Гильдия независимых водителей, защищающая интересы водителей, чьи аккаунты на платформе были деактивированы, подала иск против Uber о признании увольнения незаконным. Фирма возразила, что водители не могут быть уволены, так как они не являются работниками организации. Суд первой инстанции вынес

⁴² Jobtech Alliance. South Africa: Jobtech Landscape. Available at: <https://jobtechalliance.com/wp-content/uploads/2024/02/South-Africa-Jobtech-Landscape-public.pdf> (дата обращения: 07.11.2024)

⁴³ Code of Good Practice. Available at: <https://www.labour.gov.za/DocumentCenter/Pages/Code-of-Good-Practice.aspx> (дата обращения: 08.11.2024)

⁴⁴ National Minimum Wage Act, 2018. Available at: <https://www.labour.gov.za/DocumentCenter/Sectoral%20determinations/National%20Minimum%20Wage/National%20Minimum%20Wage%20Act.pdf> (дата обращения: 09.11.2024)

решение в пользу водителей, но оно было отменено в ходе апелляции. В 2018 году Национальный профсоюз работников государственной службы и смежных профессий подал судебный иск против Uber относительно трудового статуса водителей. Суд вынес решение в пользу Uber, заявив, что из-за отсутствия трудового договора между водителями и Uber их отношения нельзя признать трудовыми [Trenton E., 2023].

В июне 2024 года президент ЮАР подписал билль о поправках к Закону о наземном транспорте (Land Transport Amendment Bill). Закон относит платформы по перевозкам пассажиров к транспортному сектору в рамках Национального закона о наземном транспорте (National Land Transport Act, 2009). Закон также предусматривает взимание значительных штрафов с указанных платформ, если водители работают без лицензии. Штрафы составляют до 100 тыс. рэндов (ранее эти штрафы платили водители, а их авто подлежали конфискации до оплаты штрафа)⁴⁵. Данный акт лишь косвенно обозначил специфику правового статуса занятых на платформах по перевозкам. Платформы же получили более определенный правовой статус и теперь обязаны заключать гражданско-правовые договоры с водителями, использующими их приложение.

Как видно, в ЮАР как на уровне судебных прецедентов, так и в рамках нормативных актов, правовой статус занятых на цифровых платформах четко не определен. Занятые на платформах оформлены в качестве независимых подрядчиков на основании гражданско-правовых договоров и не подлежат трудовому праву, а также исключены из системы социального страхования.

7. Правовое регулирование в новых государствах БРИКС

На XV саммите БРИКС 2023 года Египет, Эфиопия, Иран и Объединенные Арабские Эмираты были приглашены к вступлению, а в октябре 2024 года главы данных государств представляли свои страны в качестве полноправных членов организации на XVI саммите БРИКС в Казани. В этих государствах также активно развивается платформенная занятость и проявляются аналогичные вызовы, связанные с вакуумом правового регулирования в данной сфере и отсутствием четкого вектора законотворческой работы.

⁴⁵ South Africa Ends 13-Year Wait by Legalizing Ride-Hailing Services. 2024. Available at: <https://www.techinafrica.com/south-africa-ends-13-year-wait-by-legalizing-ride-hailing-services/> (дата обращения: 09.11.2024)

В Египте насчитывается по меньшей мере 14 млн. занятых на цифровых платформах Breadfast, Elmenus, Filkhedma, in Drive, Mrsool, Orcas, Swvl, Talabat, Taskty и Uber⁴⁶. Платформенные работники преимущественно являются мужчинами, в том числе с высшим образованием (23%), работающими шесть дней в неделю и получающими заработок в среднем 2 400 египетских фунтов в месяц (примерно 4 695 руб.) [Hassan R., 2023]. Работники, занятые через цифровые платформы в сфере перевозок, доставки и микроработ, относятся к независимым подрядчикам, на которых не распространяется действие Закона о труде и законодательства о социальном обеспечении⁴⁷.

С 2018 года в Египте действует Закон о совместном использовании поездок (Ride-Sharing Law), который содержит положения, регулирующие услуги, оказываемые компаниями наземного транспорта, включая услуги совместного использования поездок. Закон требует у таких компаний регистрировать их работников в органах социального страхования и уплачивать соответствующие взносы. Закон о социальном страховании, объединяющий все законы о социальной защите, действует с 2019 года. Закон разделил всех, на кого распространяются его положения, на четыре категории: работников, работающих на других лиц, работодателей, египетских работников за рубежом и нерегулярных работников. Однако платформенные работники ввиду специфики их деятельности с помощью цифровых приложений не отнесены ни к одной из указанных категорий. Хотя отмечается, что эту проблему можно временно решить, включив платформенную работу в список профессий, подпадающих под категорию нерегулярной работы или же квалифицировать ее как регулярную занятость, если данная работа по ее характеру относится к деятельности работодателя и длится не менее шести месяцев⁴⁸.

В Иране платформы типа Snapp (зарегистрировано 500 тыс. человек) и Tap30 (более 100 тыс. человек), играют ключевую роль в сфере пассажирских перевозок и доставки. В социально-демографической структуре платформенной занятости в Иране преобладают мужчи-

⁴⁶ Egypt wants to register millions of gig-workers for state insurance. 2018. Available at: <https://www.reuters.com/article/idUSL5N2KY0M4/> (дата обращения: 01.12.2024)

⁴⁷ Gig work in Egypt: A source of income amidst suboptimal working conditions. 2022. Available at: <https://businessforwardauc.com/2022/05/08/gig-work-in-egypt-a-source-of-income-amidst-suboptimal-working-conditions/> (дата обращения: 05.12.2024)

⁴⁸ Fairwork Egypt Ratings 2022/23. Available at: <https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2023/03/Fairwork-Egypt-Report-2022-23.pdf> (дата обращения: 05.12.2024)

ны в возрасте от 20 до 35 лет, имеющие среднее или высшее образование. Средний ежемесячный доход платформенного работника в Иране составляет от 15 до 30 млн. риалов, средняя продолжительность рабочего дня — от 6 до 10 часов в день⁴⁹.

Основным нормативным актом, регулирующим трудовые отношения в Иране, является Трудовой кодекс (1990). Однако он не предусматривает особого статуса платформенных работников. В целом платформенные работники не классифицируются ни как работники, ни как независимые подрядчики. В Министерстве кооперации, труда и социального обеспечения работают проблемные группы, изучающие влияние платформенной занятости на рынок труда и социальную защиту. Рассматривается возможность признания новой категории работников — «цифровыми работниками» или «платформенными работниками». Также предлагается обязать цифровые платформы регистрировать своих работников в системе социального обеспечения и делать взносы в социальные фонды [Hassani H., 2021: 63].

В ОАЭ на цифровых платформах (наиболее распространенные: Talabat, Careem, Deliveroo, NoonFood, EatEasy, EatClean, Munch: On, Uber, Lyft, Airbnb) заняты преимущественно работники-мигранты. Прежде чем иностранный гражданин получит право работать в ОАЭ, он должен получить резидентскую визу и разрешение на работу. Такая система — «кафала» действует в Эмиратах с 1971 года [Elsayed M., 2021]. С 2024 года для упрощения трудоустройства иностранцев запущена цифровая платформа Work Bundle.

В рамках этого процесса иностранец обязательно заключает трудовой договор. В связи с этим требованием организация работы цифровых платформ значительно отличается от модели, принятой в других государствах БРИКС, и соответствует классическим отношениям между работодателем и работником. Таким образом, физические лица (например, перевозчики Uber или доставщики еды Noon Food) имеют предусмотренные трудовым законодательством и законодательством о социальном обеспечении права и гарантии⁵⁰. Для домашних работников и исполнителей микроработ к такому законодательству относится Закон № 9 2022 года, а для перевозчиков и доставщиков — Закон № 33 2021 года.

⁴⁹ Jikan Law Firm. Labor Law and Gig Economy in Iran. Available at: <https://www.linkedin.com/pulse/labor-law-gig-economy-iran-jikan-law-firm> (дата обращения: 05.12.2024)

⁵⁰ How does the gig economy work in the UAE? 2021. Available at: <https://www.adsmehub.ae/en/learn/post-details/al-tamimi-2021-review-how-does-the-gig-economy-work-in-the-uae> (дата обращения: 05.12.2024)

Кроме того, в данном государстве принимаются специальные меры поддержки платформенных работников в сферах перевозки и доставки. Министерство человеческих ресурсов и эмиратов создает 6.000 станций отдыха для водителей доставки на территории всего государства. Эти станции будут работать ежедневно с 12:30 до 15:00. Вводится запрет на работу под прямыми солнечными лучами и на открытых пространствах в период с 15 июня до 15 сентября⁵¹.

По данным исследования безработицы в Эфиопии более 1,34 млн. человек (почти 20% общего количества населения) работали в неформальном секторе, в том числе на цифровых платформах⁵². Среди наиболее популярных цифровых платформ в Эфиопии — GoodayOn (микроработы, 100 тыс. человек), Findall, Mogzit, Freelance Ethiopia, Yango, DeliverAddis, TaskMoby и Zayride.

Трудовое законодательство Эфиопии, пересмотренное в 2019 году и определяющее занятость как традиционные отношения между работодателем и работником, не охватывает платформенную занятость из-за независимых условий труда на платформах. Работники на цифровых платформах классифицируются как независимые подрядчики⁵³. Законопроектная работа по урегулированию платформенной занятости в Эфиопии пока не ведется.

Таким образом, в странах, принятых в БРИКС в 2024 году, наблюдаются сходные проблемы, что и в других государствах данной организации, связанные с неопределенностью или неоднозначностью правового статуса занятых на цифровых платформах, отсутствием специального правового регулирования этой категории работников либо слабой трудово-правовой защитой платформенных работников, ограниченностью доступа к системам социального страхования и пенсионного обеспечения. Исключение составляют ОАЭ, где на платформенных работников распространили нормы трудового законодательства, исходя из занятости на цифровых платформах преимущественно иностранных граждан и особого порядка получения ими разрешения на пребывание и работу на территории государства.

⁵¹ Available at: <https://www.mohre.gov.ae/en/media-centre/news/7/6/2024/6000-rest-stations-provided-for-delivery-workers-across-uae-during-midday-break.aspx> (дата обращения: 05.12.2024)

⁵² Operating digital gig platforms in different regulatory environments: a comparative assessment of Kenya, Tanzania, and Ethiopia. 2020. Available at: https://www.mercycorps.org/sites/default/files/2020-09/Youth-Impact-Labs-report-operating-digital_gig-platforms-different-regulatory-environments.pdf (дата обращения: 05.12.2024)

⁵³ Available at: <https://addisfortune.news/gig-economys-new-frontier-of-work-the-regulatory-hurdles/> (дата обращения: 05.12.2024)

Заключение

Исследование применения труда на цифровых платформах позволило прийти к обобщениям направлений совершенствования законодательства и правоприменительной практики. Бразильский подход к регулированию платформенной занятости предполагает создание особого правового статуса платформы (распространяется только на занятых на платформах по перевозкам на четырехколесных транспортных средствах), их включение в систему социального страхования, установление минимальной почасовой и ежемесячной оплаты труда, ограничение продолжительности времени подключения на одной платформе, признание коллективных прав и права на информацию об оплате труда и рабочем времени. В Индии также сконструирован специальный правовой статус платформенных занятых, но при этом они полностью выведены из круга лиц, на которых распространяется трудовое законодательство. Признавая платформенных работников субъектами социального обеспечения, индийский законодатель вместе с тем не определяет набора и механизмов реализации мер их поддержки. В Китае регулирование платформенной занятости базируется на применении мягкого права, с занятыми в новых формах занятости необходимо заключать интернет-контракт, обязательной стороной которого является сама платформа. На общенациональном уровне определена структура рабочего времени платформенных занятых, степень участия и влияния профсоюзов в принятии решений на платформе, система уполномоченных органов для разрешения споров работников с платформой. В ЮАР занятые на платформах оформлены в качестве независимых подрядчиков на основании гражданско-правовых договоров и исключены из сферы социального обеспечения и трудовправовой защиты.

В судебной практике России в отношении правового статуса занятых на платформах наблюдаются тенденции: отсутствие между платформой и исполнителем как формализованных трудовых, так и гражданских отношений, отсутствие формальных признаков трудовых отношений; признание отношений гражданскими в спорах о возмещении ущерба, причиненного жизни и здоровью. Эти тенденции подтверждают, что в традиционные способы определения признаков трудовых отношений работа на цифровых платформах не укладывается, что ведет к сохранению высокой степени правовой неопределенности в отношении занятых на платформе, впрочем как и в других странах.

Возможные законодательные решения, позволяющие выйти из сложившейся ситуации, предстоит выработать во взаимодействии и в русле интересов всех участников отношений на цифровых платформах. Не является столь принципиальным вопрос о том, как законодательно определить этот вид занятости и способ реализации человеком способности к труду; вопросом, ожидающим скорого ответа, является разработка выбора мер защиты, распределения зон ответственности между занятым на платформе и его нанимателем или платформой, т.е. закрепление необходимого и обязательного минимума гарантий базовых гарантий прав занятого на платформе при минимальном вмешательстве.



Список источников

1. Гребенщиков А.В., Дивеева Н.И., Кузьменко А.В. Трудовые отношения с интернет-агрегатором: завтрашняя реальность? // Ежегодник трудового права. 2020. Вып. 10. С. 53–66.
2. Коршунова Т.Ю., Мощная О.В. Влияние платформенной занятости на изменение представлений о работнике и работодателе // Ежегодник трудового права. 2022. Вып. 12. С. 76–91.
3. Лушников А.М., Лушникова М.В. Трудовое право и цифровая экономика: российский опыт в контексте мировых тенденций // Ежегодник трудового права. 2022. Вып. 12. С. 19–29.
4. Нургалиева Е.Н., Баймаханова А.С. Проблемы правового регулирования платформенной занятости в Республике Казахстан // Вестник Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева. Право. 2024. № 1. С. 49–65.
5. Синявская О.В., Бирюкова С.С. и др. Платформенная занятость в России: масштабы, мотивы и барьеры участия. М.: НИУ ВШЭ, 2022. 31 с.
6. Синявская О.В., Бирюкова С.С. и др. Платформенная занятость: определение и регулирование. М.: НИУ ВШЭ, 2021. 71 с.
7. Мотина Е.В., Томашевский К.Л., Чичина Е.В. Правовое регулирование нетипичных форм занятости в условиях цифровизации и региональной интеграции. Минск: Амалфея, 2024. 244 с.
8. Шуралева С.В. О влиянии цифровых технологий на правовое регулирование труда и занятости уязвимых групп работников // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2023. № 65. С. 645–661.
9. Черных Н.В. Трансформация труда как объекта общественных отношений и распространение нетипичных форм занятости // Актуальные проблемы российского права. 2023. Том 18. № 12. С. 104–113.
10. Amorim H., Moda F. Work by app: algorithmic management and working conditions of Uber drivers in Brazil. Work Organization, Labor & Globalization, 2020, vol. 14, no. 1, pp. 101–118.
11. Cano M., Espelt R., Morell M. Flexibility and freedom for whom? Precarity, freedom and flexibility in on-demand food delivery. Work Organization, Labour & Globalization, 2021, vol. 15, no. 1, pp. 46–68.

12. Davidov G. Platform Workers, Autonomy, and the Capability Approach. *Trasformazioni, Valori e Regole del Lavoro*, Volume III. Scritti per Riccardo Del Punta. 2024. Available at: https://www.academia.edu/114101513/Platform_Workers_Autonomy_and_the_Capability_Approach (дата обращения: 7.12.2024)
13. Dhanya M.B. BRICS and the gig economy: a focus on India's platform employment. *Social and labour research*, 2024, vol. 57, no. 4, pp. 21–30.
14. Elsayed M. The United Arab Emirates' Labor Market. LSE Middle East Centre Paper Series. 2021. Available at: <https://eprints.lse.ac.uk/124359/1/MEC-series-89.pdf> (дата обращения: 7.12.2024)
15. Fagioli A. To exploit and dispossess: The twofold logic of platform capitalism. *Work Organization, Labor & Globalization*, 2021, vol. 15, no. 1, pp. 126–137.
16. Hassan R. Work Arrangements in the Informal Sector and Gig Economy. *Digital Platform Economy in Egypt*. 2023. Available at: https://erf.org.eg/app/uploads/2023/06/1687078938_622_2040562_spr20234.pdf (дата обращения: 07.12.2024)
17. Hassani H. Online Platforms and Sharing Economy: Promises and Challenges for Gig Workers. *Global Media Journal-Persian Edition*, 2021, vol. 16, no. 1, pp. 53–76.
18. Heeks R., Graham M. et al. Systematic evaluation of gig work against decent work standards: The development and application of the Fairwork framework. *The Information Society*, 2021, vol. 37, no. 5, pp. 267–286.
19. Menegatty E. Moving past the uncertain classification of platform workers // *Ежегодник трудового права*. 2022. Вып. 12. С. 167–175.
20. Mokofe W.M. Achieving decent work for digital platform workers in South Africa. *Obiter*, 2022, vol. 43, no. 2, pp. 161–177.
21. Mpofo T., Tsibolane P. et al. Risks and Risk-Mitigation Strategies of Gig Economy Workers in the Global South. The Case of Ride-Hailing in Cape Town. In: Bass J.M., Wall P.J. (eds.) *Information and Communication Technologies for Development. ICT4D 2020. IFIP Advances in Information and Communication Technology*, vol. 58, pp. 26–38.
22. Rolf S., Schindler S. The US-China rivalry and the emergence of state platform capitalism. *Environment and Planning A.*, 2023, vol. 55, no. 1, pp. 1–25.
23. Surie A. On-demand platforms and pricing: how platforms can impact the informal urban economy, evidence from Bengaluru, India. *Work Organization, Labour & Globalization*, 2020, vol. 14, no. 1, pp. 88–100.
24. Tianyu W., Fang L.C. Internet Platform Employment in China: Legal Challenges and Implications for Gig Workers through the Lens of Court Decisions. *Industrial Relations*, 2021, vol. 76, no. 3, pp. 541–564.
25. Trenton E., Snyman S. Location-based platform work in South Africa. Mapping the prospects for organizing: A Report for the Solidarity Center Labor Research Service. 2023. Available at: <https://www.lrs.org.za/wp-content/uploads/2024/04/Location-Based-Platform-Work-in-South-Africa-FINAL-20092023-.pdf> (дата обращения: 07.12.2024)
26. Xiaohui B., Beck T. et al. Platform Economy in China and Germany. 2023. Available at: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/china/20528.pdf> (дата обращения: 07.12.2024)
27. Zhou I. Digital Labor Platforms and Labor Protection in China. ILO Working Paper, 11. 2020. Available at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-beijing/documents/publication/wcms_757923.pdf (дата обращения: 07.12.2024)

References

1. Amorim H., Moda F. (2020) Work by app: algorithmic management and working conditions of Uber drivers in Brazil. *Work Organization, Labor & Globalization*, vol. 14, no. 1, pp. 101–118.
2. Cano M., Espelt R., Morell M. (2021) Flexibility and freedom for whom? Precarity, freedom and flexibility in on-demand food delivery. *Work Organization, Labor & Globalization*, vol. 15, no. 1, pp. 46–68.
3. Chernykh N.V. (2023) Transformation of labor as an object of public relations and the spread of atypical forms of employment. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*=Current Issues of the Russian Law, vol. 18, no. 12, pp. 104–113 (in Russ.)
4. Davidov G. (2023) Platform workers, autonomy, and capability approach. Available at: https://www.academia.edu/114101513/Platform_Workers_Autonomy_and_the_Capability_Approach (дата обращения: 07.12.2024)
5. Dhanya M.B. (2024) BRICS and the gig economy: a focus on India's platform employment. *Social and Labor Research*, vol. 57, no. 4, pp. 21–30.
6. Elsayed M. (2021) The United Arab Emirates' labor market: an overview. *LSE Middle East Centre Paper Series*. Available at: <https://eprints.lse.ac.uk/124359/1/MEC-series-89.pdf> (дата обращения: 07.12.2024)
7. Fagioli A. (2021) To exploit and dispossess: twofold logic of platform capitalism. *Work Organization, Labor & Globalization*, vol. 15, no. 1, pp. 126–137.
8. Grebenshchikov A.V., Diveeva N.I., Kuzmenko A.V. (2020). Labor relations with an online aggregator: tomorrow's reality? *Ezhegodnik trudovogo prava*=Annual Review of Labor Law, issue 10, pp. 53–66 (in Russ.)
9. Hassan R. (2023) Work arrangements in the informal sector and gig economy. Digital platform economy in Egypt. Available at: URL: https://erf.org.eg/app/uploads/2023/06/1687078938_622_2040562_spr20234.pdf (дата обращения: 07.12.2024)
10. Hassani H. (2021) Online platforms and sharing economy: promises and challenges for gig workers. *Global Media Journal-Persian Edition*, vol. 16, no. 1, pp. 53–76.
11. Heeks R., Graham M. et al. (2021) Systematic evaluation of gig work against decent work standards: The development and application of the Fairwork framework. *The Information Society*, vol. 37, no. 5, pp. 267–286.
12. Korshunova T. Yu., Motsnaya O.V. (2022) The influence of platform employment on changing perceptions of employee and employer. *Ezhegodnik trudovogo prava*=Annual Review of Labor Law, issue 12, pp. 76–91 (in Russ.)
13. Lushnikov A.M., Lushnikova M.V. (2022) Labor law and the digital economy: Russian experience in the context of global trends. *Ezhegodnik trudovogo prava* =Annual Review of Labor Law, issue 12, pp. 19–29 (in Russ.)
14. Menegatty E. (2022) Moving past the uncertain classification of platform workers. *Ezhegodnik trudovogo prava*=Annual Labor Law Review, issue 12, pp. 167–175.
15. Mokofe W. (2022) Achieving decent work for digital platform workers in South Africa. *Obiter*, vol. 43, no. 2, pp. 161–177.
16. Motina E.V., Tomashevsky K.L., Chichina E.V. (2024) Legal regulation of atypical forms of employment in context of digitalization and regional integration. Minsk: Amalfeya, 244 p. (in Russ.)
17. Mpfu T., Tsiolane P. et al. (2021) Risks and risk-mitigation strategies of gig economy workers in the global South: the case of ride-hailing in Cape Town. In: J.M. Bass,

P.J. Wall (eds.) Information and Communication Technologies for Development. IFIP Advances in Information and Communication Technology, vol. 58, pp. 26–38.

18. Nurgalieva E.N., Baymakhanova A.S. (2024) Aspects of platform employment legal regulation in the Republic of Kazakhstan. *Vestnik Evrazijskogo nacional'nogo universiteta L.N. Gumileva. Pravo*=Bulletin of Euroasian National Gumilev University. Law, no. 1, pp. 49–65 (in Russ.)

19. Rolf S., Schindler S. (2023) The US-China rivalry and the emergence of state platform capitalism. *Environment and Planning A*, vol. 55, no 1, pp. 1–25.

20. Sinyavskaya O.V., Biryukova S.S. et al. (2022) Platform employment in Russia: scales, motives and barriers to participation. Moscow: HSE, 31 p. (in Russ.)

21. Sinyavskaya O.V., Biryukova S.S. et al. (2021) Platform employment: definition and regulation. Moscow: HSE, 71 p. (in Russ.)

22. Shuraleva S.V. (2023) Impact of digital technologies on legal regulation of labor and employment of vulnerable groups of workers. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki*=Bulletin of Perm University, no. 65, pp. 645–661 (in Russ.)

23. Surie A. (2020) On-demand platforms and pricing: how platforms can impact the informal urban economy, evidence from Bengaluru, India. *Work Organization, Labor & Globalization*, vol. 14, no. 1, pp. 88–100.

24. Tianyu W., Fang L. (2021) Internet platform employment in China: legal challenges and implications for gig workers through the lens of court decisions. *Industrial Relations*, vol. 76, no. 3, pp. 541–564.

25. Trenton E., Stevie S. (2024) Location-based platform work in South Africa. Mapping prospects for organizing: a report for Solidarity Center Labor Research Service. Available at: <https://www.lrs.org.za/wp-content/uploads/2024/04/Location-Based-Platform-Work-in-South-Africa-FINAL-20092023-.pdf> (дата обращения: 07.12.2024)

26. Xiaohui B., Beck T. et al. (2023) Platform economy in China and Germany. Available at: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/china/20528.pdf> (дата обращения: 07.12.2024)

27. Zhou I. (2020) Digital labor platforms and labor protection in China. Available at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-beijing/documents/publication/wcms_757923.pdf (дата обращения: 07.12.2024)

Информация об авторах:

Д.А. Новиков — кандидат юридических наук, доцент.

Ф.К. Ногайлиева — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors:

D.A. Novikov — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

F.K. Nogaylieva — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor

Статья поступила в редакцию 17.01.2025; одобрена после рецензирования 14.02.2025; принята к публикации 04.03.2025.

The article was submitted to editorial office 17.01.2025; approved after reviewing 14.02.2025; accepted for publication 04.03.2025.

Рецензия

Рецензия

JEL: K 31

УДК: 349.2

DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.280.296

Обеспечение заработной платы в условиях гибридных правовых режимов

Рецензия на монографию А.Я. Петрова
«Заработная плата в России: история, теория, право».
М.: Проспект, 2024. 400 с.



Сергей Юрьевич Чуча

Институт государства и права РАН, Россия, 101019 Москва, Знаменка, 10,
chuchaigpan@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-5771-6323>



Аннотация

Анализируются исследованные в монографии теоретические проблемы, историографические контексты концептуализации и правовое регулирование института оплаты труда в России в условиях гибридных правовых режимов. Подчеркивается высокая востребованность книги в силу длительного перерыва в монографических работах по этой сложной и динамичной проблематике. Обращается внимание на использованный автором массив научных трудов, нормативного материала, включая многочисленные подзаконные и социально-партнерские акты, а также широкое привлечение судебной практики. Структура монографии обусловлена многоаспектностью проблем правового регулирования заработной платы в России, соответствует обозначенным целевым ориентирам, модели отраслевого института и логике изложения вопросов. Автору высказано пожелание в дальнейшем усилить междисциплинарный подход для совершенствования гарантий получения заработной платы при несостоятельности работодателя и оплате труда с использованием цифровых финансовых активов, в том числе цифрового рубля. Рецензируемая монография вносит весомый вклад в науку трудового права, практику правового регулирования оплаты труда, позволяет на базе отечественного и

зарубежного опыта сформировать научно обоснованную и практически верифицированную оригинальную национальную правовую модель нормативного упорядочения заработной платы в условиях гибридного правоприменения, сопутствующего глобальной трансформации производственных и общественных отношений.



Ключевые слова

оплата труда; гарантия; судебная практика; несостоятельность; банкротство; цифровой рубль; система заработной платы; дифференциация.

Для цитирования: Чуча С.Ю. Обеспечение заработной платы в условиях гибридных правовых режимов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 1. С. 280–296. DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.280.296

Review

Review

Wage Security in Hybrid Legal Regimes



Sergey Yu. Chucha

Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, 10 Znamenka Str., Moscow 101019, Russia,

chuchaigpan@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-5771-6323>



Abstract

The review analyzes theoretical problems, historiography contexts of conceptualization and legal regulation of the institution of remuneration in Russia in the context of hybrid legal regimes studied in the monograph. The high demand for the research is emphasized due to a long break in monographic works on this complex and dynamic issue. Attention is drawn to the array of scientific works, regulatory material used by the author, including numerous by-laws and social partnership acts, as well as the widespread use of judicial practice. The structure of the monograph is due to the multifaceted nature of the problems of legal regulation of wages in Russia, corresponds to the designated target guidelines, the model of the industry institute and the logic of the presentation of issues. The author of review expresses a wish to strengthen interdisciplinary approach to improve guarantees of receiving wages in the event of the employer's insolvency and payment of wages using digital financial assets, including the digital ruble. The monograph under review makes a significant contribution to the science of labor law, legal regulation of wages, and allows, on the basis of domestic and foreign experience, to form a scientifically substantiated and practically verified original national legal model of normative regulation of wages in the context of hybrid law enforcement accompanying the global transformation of industrial and social relations.

**Keywords**

remuneration; guarantee; judicial practice; insolvency; bankruptcy; digital ruble; wage system; differentiation.

For citation: Chucha S.Yu. (2025) Wage Security in Hybrid Legal Regimes. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 1, pp. 280–296 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2025.1.280.296

Введение

В науке трудового права усилия исследователей сегодня направлены на разрешение фундаментальных проблем обеспечения занятости, производительного и безопасного труда и подготовки кадров [Закалюжная Н.В., 2023: 139–164], в том числе и с применением системной междисциплинарной методологии. Защита трудовых прав работников и развитие кадрового потенциала рассматривается во взаимосвязи с обеспечением прав работодателей в соответствии с конституционными нормами о свободе предпринимательской деятельности, уважении человека труда и социальном партнерстве [Савенков А.Н., Камболов М.А., Дроздов И.А., 2024: 7–9]. Исследуются как базовые теоретические проблемы и историографические контексты концептуализации трудовых отношений, так и правовое регулирование отдельных регулятивных и охранительных отраслевых институтов в условиях гибридных правовых режимов, политической и экономической деглобализации и цифровизации [Филипова И.А., 2020: 162–182]; [Филипова И.А., 2021], определяются перспективные направления обеспечения стратегических приоритетов и первоочередных национальных интересов, правовой среды для технологического лидерства Российской Федерации [Ryabova E.V., Machekhin V.A., 2020: 149–172].

В этой череде сверкающих новизной публикаций мы рискуем пропустить настоящее сокровище, посвященное глубокому исследованию классического и в то же время всегда актуального и наиболее динамичного института трудового права. Эта динамика сокрыта за довольно стабильным состоянием содержания соответствующего раздела Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК)¹ и проявляется прежде всего в подзаконном и договорном правотворчестве, формирующейся судебной практике и все чаще — в нормативных актах в целом иной, нежели трудовое право, отраслевой принадлежности, в попытках угнаться за экономической и обще-

¹ СЗ РФ. 2002. № 1 (часть 1). Ст. 3.

ственной трансформацией глобального перехода к новой политико-экономической реальности.

Именно таким бриллиантом является монография профессора—исследователя Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» доктора юридических наук А.Я. Петрова «Заработная плата в России: история, теория, право» [Петров А.Я. (с), 2024]. Тревога, что она может остаться незамеченной научной общественностью, подвигла автора этих строк поделиться мыслями об этой монографии на страницах уважаемого юридического журнала — ведь порой «лицом к лицу лица не увидать», а «большое видится на расстоянье»² (С. А. Есенин).

Публикуемые А.Я. Петровым книги, посвященные различным институтам трудового права, всегда ожидаемы как классические образцы учебной или научной юридической литературы. Это и его известные учебники последних лет, посвященные социальному партнерству в сфере труда [Петров А.Я., 2022], договорам о труде [Петров А.Я. (b), 2024], гарантиям и компенсациям [Петров А.Я. (a), 2024], это и рецензируемая монография.

И все же «Заработная плата в России» именно благодаря предмету исследования занимает в их ряду особое место — в подобном фундаментальном системном исследовании института заработной платы давно уже нуждается российская наука трудового права. Сложность предмета исследования словно отпугивает ученых. В постсоветской России были опубликованы лишь две работы монографического характера — самим А.Я. Петровым [Петров А.Я., 2011] и Н.М. Саликовой [Саликова Н.М., 2003]. До настоящего момента самой «свежей» была книга Р.З. Лившиц [Лившиц Р.З., 1972] — блестящей представительницы советской академической школы трудового права [Иванов С.А., 1972]; [Иванов С.А., 1974]; [Иванов С.А., Лившиц Р.З., Орловский Ю.П., 1978]. К слову, по сфере научных интересов, глубине проработки проблем, тщательности верификации выводов и фундаментальности предложений работы А.Я. Петрова без какой бы то ни было натяжки следует отнести к числу самых ярких продолжателей академических традиций в трудовом праве.

Для столь динамичного института, как заработная плата, даже 10-летний перерыв в фундаментальных публикациях недопустимо велик. За этот срок накопился огромный массив нормативного материала, включая многочисленные подзаконные, социально-партнерские акты, а также вынужденной восполнять пробелы и толковать

² Есенин С. А. Стихотворения и поэмы. Л., 1986.

недоговоренности законодателя практики судов разного уровня и специализации — от Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС) и Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС) до арбитражных судов. Последнее подчеркивает трудность изучаемого предмета: арбитражные суды, призванные рассматривать хозяйственные споры, вынуждены защищать право на заработную плату в делах о несостоятельности (банкротстве), корпоративных и налоговых спорах, хотя плата по трудовому договору — институт трудового права.

Избежать использования традиционных правовых режимов — отличительная черта современного правоприменения в мировом масштабе. Предполагается, что именно она будет сопровождать процессы деглобализации и определит особенности правового регулирования ближайших десятилетий. В России это проявляется в ускорении создания правил поведения посредством повышения роли Правительства Российской Федерации и процесса законотворчества, а также расширении регионального нормотворчества. Сформированные таким образом правовые режимы — направленный на противодействие распространению коронавируса и др., можно назвать гибридными — собранными из элементов разных правовых режимов.

В этих условиях фундаментальные системные исследования как фактор, обеспечивающий стабильность отрасли (несмотря на спонтанные и не всегда корректные изменения отдельных институтов трудового права) становятся особенно востребованными. В нашем случае рецензируемая монография позволит обеспечить преемственность теории и практики правового регулирования заработной платы и соответствующих гарантийных механизмов в будущем.

1. Основная концепция монографии

Монография является системным исследованием фундаментальных вопросов и проблем заработной платы. Автором предпринята успешная попытка разработать современную модель оплаты труда работников, чему немало способствовало использование исторического, системного и институционального подходов.

Анализ отечественного исторического опыта, базирующегося на уважении к человеку труда, закреплённому в качестве конституционного принципа, и защите человека труда как традиционной духовно-нравственной ценности, а также позитивных международных и зарубежных практик правового регулирования оплаты труда позво-

лил очертить новые подходы к определению сущности и правовой природы заработной платы.

Динамика исследуемого отраслевого института, характер прав работников, требующих межотраслевой защиты, обусловили значительные трудности толкования и применения многочисленных норм, компенсируемые обширной судебной практикой, которая активно используется автором не только и не столько в качестве иллюстрации его утверждений, сколько для правильного толкования правовых норм и восполнения пробелов в праве. Это постановления и определения КС и Пленума ВС, решения и определения судов различных инстанций по трудовым спорам.

Монография является первым за более чем десятилетие фундаментальным научным изданием, знания об институте заработной платы в котором структурированы по форме и полны, а также объективны и опробованы приведенной судебной практикой по содержанию.

Структура монографии обусловлена многоаспектностью проблем регулирования заработной платы, соответствует обозначенным целевым ориентирам, модели отраслевого института и логике изложения вопросов. Работа состоит из предисловия, тринадцати логически связанных и образующих целостную картину параграфов, объединенных в пять глав, объемного списка использованной литературы, включающего библиографическое описание более чем полутора сотен научных работ.

Первая глава посвящена отечественной истории правового регулирования заработной платы. Исходя из того, что несамостоятельный труд применялся с древних времен и, как правило (но не всегда!), он был возмездным, автор прослеживает особенности регулирования оплаты труда с Древней Руси, выделяя несколько ключевых моментов.

По этой логике стоило хотя бы кратко осветить оплату по договорам *locatio-conductio rei* и *locatio-conductio operarum* в римском праве. Римское частное и римское публичное право как протоотрасли права на протяжении тысячелетий становления не воспринимались как относительно самостоятельные комплексы норм и развивались, реагируя на постоянные и постепенные изменения окружающей действительности, усложнение общества и производственных отношений посредством совершенствования нормативных предписаний и привычных для каждой из них методов правового регулирования, лишь в ограниченных масштабах подвергаясь взаимной диффузии. К разным жизненным ситуациям применялись разные, но в каждом

случае релевантные с позиции современников правовые инструменты. Это характерно и для раннего периода становления отечественного права.

Основную периодизацию истории правового регулирования заработной платы А.Я. Петров обоснованно составляет из досоветского и советского периодов. Изменения в организации производства, вызванные ускоренным технологическим прогрессом, потребовали адекватного правового регулирования организации труда, что вызвало взрывной процесс конвергенции частного и публичного права и, как следствие, полную невозможность правового регулирования этой уже почти системы общественных отношений (сложившейся внутри или частного, или публичного права) исключительно частно- или публично-правовыми отраслевыми методами. Неприменимость к этой взаимосвязанной группе общественных отношений отраслевых принципов правового регулирования препятствовало ее дальнейшему развитию в рамках материнской отрасли, одновременно разрушая и выверенную отраслевую интегративную структуру — систему отрасли. Результатом стало строительство из элементов, отторгнутых частным и публичным правом, но тяготеющих друг к другу вследствие регулирования ими единой группы общественных отношений, новой частно-публичной отрасли, которую мы называем сегодня трудовым правом. Она стала первой из возникших таким образом сложно структурированных из публичных и частных элементов отраслей.

В самом начале своего формирования трудовое право напоминало отрасль публичного права (Устав о промышленном труде³ — нормативный акт, в целом относящийся к административному (полицейскому праву)) с элементами частного, но почти сразу стало рассматриваться как институт права гражданского, поскольку в основе трудовых правоотношений лежал цивилистический договор найма труда, очень быстро названный трудовым. Действительно, трудовой договор (договор найма труда) [Таль Л.С., 1913] и сопутствующий ему институт заработной платы до XX века только формировался, а потому вполне разумно выделять советский период в правовом регулировании, претерпевшем именно в это время наибольший расцвет и бурный рост.

Автор верно подмечает, что именно в первом Кодексе законов о труде РСФСР⁴, занявшем особое место не только в отечественной,

³ Свод законов Российской Империи. Т. XI. Ч. II // СПС Консультант Плюс.

⁴ Собрание узаконений и распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства РСФСР. 1918. № 87/88. Ст. 905 // СПС Консультант Плюс.

но и мировой истории правового регулирования труда, впервые был закреплён специальный раздел «О вознаграждении за труд». Понятно, что этот во всех отношениях передовой и прогрессивный нормативный акт не мог полноценно применяться в условиях политики «военного коммунизма» и Гражданской войны, на практике утратив большинство своих диспозитивных правил. Однако он заложил крепкий теоретический фундамент правового регулирования труда и заработной платы в России и мире на многие десятилетия вперед.

Приведем лишь один пример из монографии: как в ст. 58 первого КЗоТ РСФСР решался вопрос о соотношении прожиточного минимума и минимального размера оплаты труда. Прожиточный минимум мог составлять лишь часть минимального размера заработной платы, причем последний должен был включать по меньшей мере две части: плату за труд малоквалифицированного работника и размер прожиточного минимума. Такого уровня гарантий достойной оплаты труда мы не смогли достичь даже после внесения соответствующих поправок в действующую Конституцию Российской Федерации⁵, так и не отойдя на непреодолимое расстояние от черты так называемой «работающей бедности»⁶.

Содержание второй главы имеет преимущественно доктринальный характер. В ней автор тщательно выстраивает современную концепцию заработной платы, по крупицам собирая ее элементы из работ ученых начиная с конца XIX века и до наших дней, критически их перерабатывая и дополняя.

При раскрытии сути этой многогранной правовой модели в отдельных параграфах формулируется доктринальное понятие заработной платы и исследуется ее экономическое и правовое содержание, обосновывается необходимость совершенствования структуры ТК и отдельных его статей.

Так, автор предлагает изменить последовательность глав и статей раздела VI ТК, чтобы он в большей степени соответствовал научно обоснованной системе трудового права. Раздел должен включать совокупность правовых норм, регулирующих и устанавливающих понятия и определения, принципы, формы, системы заработной

⁵ Федеральный конституционный закон о поправке к Конституции Российской Федерации от 14.03.2020 № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» // СЗ РФ. 2020. № 11. Ст. 1416.

⁶ Работающие бедные (working poor) — часть занятых, находящихся ниже принятого уровня бедности. Available at: URL: <https://ilostat.ilo.org/?s=working+poor> (дата обращения: 27.01.2024)

платы, минимальную заработную плату, исчисление средней заработной платы, порядок, место и сроки ее выплаты, ограничение удержаний и их размера, заработную плату в особых условиях (на тяжелых работах, работах с вредными, опасными и иными особыми условиями труда). Эта часть исследования в наибольшей степени носит междисциплинарный экономико-правовой характер; автор подчеркивает отличие платы за труд, выступающей в форме вознаграждения, от других видов доходов как по экономическому содержанию, так и по правовой форме.

Еще две составляющие концепции, раскрываемые в самостоятельных параграфах — это собственно правовое регулирование заработной платы и основные государственные гарантии оплаты труда. Здесь автор активно применяет сравнительно-правовой метод, используя информацию о международных и зарубежных практиках оплаты по трудовому договору.

Особое место А.Я. Петров уделяет особенностям распределения полномочий по нормативному регулированию заработной платы в соответствии с федеративной структурой российского государства, а также широкое применение договорного метода регулирования на разных уровнях социального партнерства. Соответствующий материал выписан столь тщательно, что его использование если и не позволит исключить принятие противоречивых норм, то наверняка укажет правоприменителю наиболее простые и верные пути устранения возможных коллизий.

Самый объемный параграф монографии, посвященный гарантиям получения заработной платы, одновременно и самый дискуссионный, поскольку предполагает охрану заработной платы не только трудовыми нормами, но и правовыми средствами иной отраслевой принадлежности. Межотраслевые исследования всегда трудны, но на этом мы остановимся в следующей части рецензии.

Третья глава посвящена системам заработной платы. В отдельных параграфах подробно рассматриваются повременная и сдельная, бестарифная и тарифная системы оплаты труда, система заработной платы работников федеральных учреждений, порядок исчисления заработной платы, ее правовая природа и регулирование стимулирующих выплат.

Раскрыв суть основных видов систем заработной платы, автор погружает читателя в нюансы, которые только и могут позволить работодателю внедрить систему оплаты, позволяющую в данное время и в данном месте достичь максимальных производительности труда, качества продукции и безопасности производства. Для этого он

иллюстрирует результаты анализа отечественного законодательства наиболее удачными примерами из зарубежной практики, как бы накладывая одно на другое и предлагая правовые способы устранения препятствий на пути их внедрения в России.

В четвертой главе рассмотрены проблемы правового регулирования платы за работу в особых условиях, в том числе вредных, опасных и отклоняющихся от нормальных: разной квалификации, при совмещении профессий и должностей, сверхурочной, в ночное время, в выходные и нерабочие праздничные дни и др., широко используя примеры из судебной практики рассмотрения соответствующих категорий споров. Автор при этом исходит из того, что законодатель должен учитывать объективную необходимость при установлении дифференцированного регулирования оплаты труда — невозможность или недостаточность общих норм. Дифференцированное регулирование должно обеспечить достижение целей и задач трудового права и исключить дискриминацию.

В заключительной, пятой главе исследованы, в том числе и в компаративистском аспекте особенности правового регулирования заработной платы многочисленных категорий работников, в том числе закрепленных главами 41–55 ТК: женщин и лиц с семейными обязанностями, лиц в возрасте до 18 лет, руководителей организаций, надомников, дистанционных работников и др. Эта глава в силу специфики ее содержания также одна из наиболее значительных по объему частей монографии. Она в полной мере позволяет читателю оценить глубину дифференциации современного российского трудового права, его гибкость и соответствие конкретным технологическим потребностям, условиям производства и экономического оборота.

Объединяет заключительные главы монографии глубокая обеспокоенность автора состоянием прав наиболее незащищенной категории работников — несовершеннолетних на безопасные условия труда. Не секрет, что попытки отступления от этого фундаментального правила под предлогом нехватки работников предпринимаются уже сегодня. Оценочное суждение о соответствующей законодательной инициативе⁷ рецензенту трудно сформулировать.

⁷ Проект законодательной инициативы № 8-409 «О внесении изменения в статью 265 Трудового кодекса». Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/8-409> (дата обращения: 27.01.2024). См. также: Антонов К. Трудовому кодексу предложено помолодеть // Коммерсант. 19.10.2023. Available at: URL: <https://www.kommersant.ru/doc/6282837> (дата обращения: 14.12.2024); Сенопальников А., Галиуллина Р. «Возвращаемся в средневековье»: КАМАЗ и «Алабуга» хотят подростков на вред-

На фоне шума о нехватке кадров и необходимости производственной практики пытаются легализовать отношения, с запрета которых трудовое право начиналось [Карташова Г.Н., 2022: 78–92]. Сделать это помешала Конституция Российской Федерации, нормы которой отражают и фундаментальные, базовые правила регулирования труда в части охраны труда несовершеннолетних, и традиционные духовно-нравственные ценности уважения к человеку труда, предполагающие трудовое воспитание детей, не подвергающее опасности их здоровье и жизнь. Немало этому способствовали и ратифицированные нашей страной Конвенции МОТ № 182 «О запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших норм детского труда»⁸ и № 138 «О минимальном возрасте приема на работу»⁹. По целому ряду проблем оплаты труда действенным будет только междисциплинарный подход.

2. Полемика

Как было отмечено выше, пожелания рецензента относятся к самой значительной по объему части монографии, посвященной государственным гарантиям оплаты труда. Прежде всего уместно сказать о сфере, в которой отсутствуют трудовые средства обеспечения получения работниками заработной платы. Речь о бланкетной норме абзаца 4 ст. 130 ТК РФ, по которой такое обеспечение в случае неплатежеспособности работодателя осуществляется в соответствии с федеральными законами. Прежде всего это Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»¹⁰, относящийся к числу источников гражданского и процессуального права. Подходы законодателя и правоприменителя к гражданским и трудовым отношениям существенно различаются — взять хотя бы различия в отношении арбитражных и общей юрисдикции судов к пра-

ных и опасных производств // Бизнес Онлайн. 21.03.2024. Available at: URL: <https://www.business-gazeta.ru/article/626934> (дата обращения: 14.12.2024)

⁸ СЗ РФ. 2004. № 20. Ст.9024. Ратифицирована Федеральным законом от 08.02.2003 № 23-ФЗ «О ратификации Конвенции о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда (Конвенция N 182)» // СЗ РФ. 2003. № 6. Ст. 506.

⁹ Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957-1990. Т. 2. Женева, 1991. Ратифицирована Указом Президиума Верховного Совета СССР от 05.03.1979. № 8955-ХІ «О ратификации конвенций Международной организации труда» // Ведомости ВС СССР. 1979. № 11. Ст. 168.

¹⁰ СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

новой природе и отраслевой принадлежности норм, регулирующих оплату труда руководителя [Лаптев В.А., 2023: 285–311].

Подробно описывая на с. 163–171 монографии международно-правовое и отечественное гражданско-правовое регулирование этого вопроса, судебное толкование соответствующих норм, автор не говорит о главном: отечественное законодательство о банкротстве отдает приоритет защите интересов залоговых кредиторов, прежде всего — банков, делая фактически невозможными расчеты по включенной в реестр требований кредиторов задолженности по заработной плате.

Статьями 134–136 закона «О несостоятельности (банкротстве)» формально установлен высокий приоритет требований о возмещении вреда жизни и здоровью и по заработной плате, включенных в реестр требований кредиторов (первая и вторая очередь соответственно). Однако ст. 138 названного нормативного акта предусмотрено, что из средств, вырученных от реализации предмета залога, 70% (а по обеспеченному залогом кредитному договору — 80%) направляется на погашение требований кредитора по обязательству, обеспеченному залогом имущества должника, но не более чем основная сумма задолженности по обеспеченному залогом обязательству и причитающихся процентов. На погашение требований кредиторов первой и второй очереди в случае недостаточности иного имущества должника для погашения указанных требований вносится на специальный банковский счет лишь 20% (по обеспеченному кредитному договору — 15%) вырученной от реализации предмета залога суммы.

Нередко обеспеченное залогом имущество составляет большую или даже основную часть ликвидного имущества работодателя-должника, которое могло бы быть включено в конкурсную массу. На погашение задолженности по заработной плате при таких обстоятельствах направляется лишь пятая часть и меньше полученных от реализации имущества должника средств, в результате чего требования работников по заработной плате в значительной части остаются не выполненными, уступая приоритет залоговым и внеочередным кредиторам.

Приоритет банков перед кредиторами по заработной плате вызывает возражения. Ранее действовавшее законодательство при аналогичной очередности этих категорий кредиторов в реестре требований кредиторов должника не закрепляло приоритета залоговых кредиторов по получению удовлетворения требований за счет предмета залога перед работниками и, что на практике происходит, именно за счет работников, перед которыми работодатель имеет за-

долженность по выплате заработной платы. Социальные обязательства перед трудящимися требуют создания им преимущества перед иными кредиторами, тогда как пока такое преимущество имеют залоговые кредиторы, прежде всего кредиторы по кредитным договорам — банки, которые в повышенной социальной защите, тем более в сравнении с работниками, не нуждаются.

При рассмотрении гарантии в виде ограничения оплаты труда в натуральной форме (с. 151–155 монографии) сегодня, а особенно — в будущих изданиях монографии следует рассмотреть вопрос о возможности использования при оплате труда работников цифровых финансовых активов, цифровых валют и цифрового рубля — *si vis pacem, para bellum*. Помимо новых форм взаимодействия работников и работодателей цифровизация породила новые носители экономической ценности (национальные валюты в цифровой форме, цифровые валюты и цифровые финансовые активы; ЦФА).

По общему правилу выплата заработной платы производится в денежной форме в отечественной валюте. В неденежной форме может выплачиваться не более 20% заработной платы. Ее выплата в форме долговых обязательств не допускается (абз. 1–3 ст. 131 ТК). Междисциплинарные исследования трудового, гражданского и финансового законодательства¹¹ показали, что к полноценному использованию цифрового рубля в системе оплаты труда финансовое законодательство не адаптировано. Вероятно, в будущем подходы законодателя изменятся. Однако на сегодняшний день возможности отступить от традиционных форм оплаты труда у участников оборота фактически нет [Габов А.В., 2021: 55–65]; [Музыка М.В., 2024: 29–31]; [Ситник А.А., 2023: 20–36]. Для выплат в неденежной форме с ограничениями, установленными абз. 2 и 3 ст. 131, перспективы использования цифрового рубля, цифровых валют и цифровых финансовых активов можно оценить положительно настолько, насколько работников устроит замена денежных выплат неденежными.

¹¹ Концепция цифрового рубля. Available at: URL: https://www.cbr.ru/Content/Document/File/120075/concept_08042021.pdf (дата обращения: 27.01.2024); Информационное сообщение Минфина России от 18.09.2023 № ИС-учет-47 «Новое в бухгалтерском законодательстве: факты и комментарии» / СПС Консультант Плюс; Федеральный закон от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» // СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790; Федеральный закон от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» // СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3872; Положения Банка России от 3.08.2023 № 820-П «О платформе цифрового рубля» // Вестник Банка России. 2023. № 58; Федеральный закон от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле» // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4859.

Заключение

Сформулированные А.Я. Петровым в монографии «Заработная плата в России: история, теория, право» теоретические положения существенно развивают и укрепляют доктринально модель регулирования заработной платы. Работа безусловно послужит фундаментом дальнейшего правового исследования таких междисциплинарных и мультиотраслевых явлений, каковым является заработная плата и трудовая институт оплаты труда.

Рецензируемая монография вносит весомый вклад в науку трудового права, практику правового регулирования оплаты труда, позволяет на базе отечественного и зарубежного опыта сформировать научно обоснованную и практически верифицированную оригинальную национальную правовую модель нормативного упорядочения заработной платы в условиях глобальной трансформации производственных и общественных отношений. Она будет полезна отечественным и зарубежным законодателям, научным и практическим работникам, студентам и аспирантам, интересующимся проблемами юридического упорядочения сферы труда и социальной защиты.



Список источников

1. Габов А.В. Цифровой рубль Центрального банка как объект гражданских прав // Актуальные проблемы российского права. 2021. № 4. С. 55–65.
2. Закалюжная Н.В. Новая концепция занятости и развитие трудовых отношений в цифровую эпоху // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. №2. С. 139–164. <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2023.2.139.164>.
3. Иванов С.А. (ред.) Трудовое право и научно-технический прогресс. М.: Наука, 1974. 563 с.
4. Иванов С.А. (ред.) Трудовое право и повышение эффективности общественного производства. М.: Наука, 1972. 422 с.
5. Иванов С.А., Лившиц Р.З., Орловский Ю.П. Советское трудовое право: вопросы теории. М.: Наука, 1978. 368 с.
6. Карташова Г.Н. Трансформация законодательства о труде несовершеннолетних работников / Трансформация парадигмы трудового права в постиндустриальном информационном обществе: сборник трудов международной конференции. М.: Институт государства и права РАН, 2022. С. 78–92.
7. Лаптев В.А. Руководитель организации и орган юридического лица: единство сущности и противоречия // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2023. №2. С. 285–311. <https://doi.org/10.17072/1995-4190-2023-60-285-311>.

8. Лившиц Р.З. Заработная плата в СССР: правовое исследование. М.: Наука, 1972. 270 с.
9. Музыка М.В. Цифровой рубль в ряду форм оплаты труда: проблемы и перспективы использования // Трудовое право в России и за рубежом. 2024. № 3. С. 29–31. <https://doi.org/10.18572/2221-3295-2024-3-29-31>.
10. Петров А.Я. (а) Гарантии и компенсации: история, теория, право: учебник. М.: Проспект, 2024. 552 с.
11. Петров А.Я. (б) Договоры о труде и профессиональном обучении: учебник. М.: Проспект, 2024. 352 с.
12. Петров А.Я. Заработная плата в России: история, теория, право. М.: Проспект, 2024. 400 с.
13. Петров А.Я. Заработная плата: актуальные вопросы трудового права. Научно-практическое пособие. М.: ЭкООнис, 2011. 308 с.
14. Петров А.Я. Социальное партнерство в сфере труда: история, теория, право. М.: Юрайт, 2022. 348 с.
15. Савенков А.Н., Камболов М.А., Дроздов И.А. и др. Междисциплинарная защита трудовых и социальных прав в условиях общественной трансформации. М.: Институт государства и права РАН, 2024. 427 с.
16. Саликова Н.М. Оплата труда в Российской Федерации. Правовое исследование. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 2003. 354 с.
17. Ситник А.А. Цифровой рубль как объект финансово-правового регулирования // Актуальные проблемы российского права. 2023. № 8. С. 20–36.
18. Таль Л.С. Трудовой договор: цивилистическое исследование. Ч. 1: Общие учения. Ярославль: Губернское правление, 1913. 539 с.
19. Филипова И.А. Влияние цифровых технологий на труд: ориентиры для трудового права. Нижний Новгород: Нижегородский университет им. Н.И. Лобачевского, 2021. 106 с.
20. Филипова И.А. Трудовое право: вызовы информационного общества. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020, том 13. № 2. С. 162–182. <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2020.2.162.182>.
21. Ryabova E.V., Machekhin V.A. Taxation of the self-employed in Russia: potential discrimination. Право. Журнал Высшей школы экономики, 2022, том 15. № 3. С. 149–172 (in English) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.3.149.172.



References

1. Filipova I.A. (2021) *The impact of digital technologies on labor: guidelines for labor law*. Nizhny Novgorod: University Press, 106 p. (in Russ.)
2. Filipova I.A. (2020) Labor law: challenges of the information society. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 2, pp. 162–182 (in Russ.) <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2020.2.162.182>.
3. Gabov A.V. (2021) Digital ruble of the Central Bank as an object of civil rights. *Aktual'nyye problemy rossiyskogo prava*=Issues of Russian Law, no. 4, pp. 55–65 (in Russ.)
4. Ivanov S.A. et al. (1974) *Labor law and technological progress*. Moscow: Nauka, 563 p. (in Russ.)

5. Ivanov S.A. et al. (1972) Labor law and increasing the efficiency of social production. Moscow: Nauka, 422 p. (in Russ.)
 6. Ivanov S.A., Livshits R.Z., Orlovsky Yu.P. (1978) Soviet labor law: theoretical issues. Moscow: Nauka, 368 p. (in Russ.)
 7. Kartashova G.N. (2022) Changing legislation on the labor of minors. In: Transformation of labor law in the post-industrial information society: papers of international conference. Moscow: Institute of State and Law, pp. 78–92 (in Russ.)
 8. Laptev V.A. (2023) Head of organization and body of a legal entity: unity of essence and contradictions. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskiye nauki*=Bulletin of Perm University. Legal sciences, no. 2, pp. 285–311 (in Russ.) <https://doi.org/10.17072/1995-4190-2023-60-285-311>.
 9. Livshits R.Z. (1972) *Wages in the USSR: legal study*. Moscow: Nauka, 270 p. (in Russ.)
 10. Muzyka M.V. (2024) Digital ruble among forms of remuneration: problems and prospects of use. *Trudovoye pravo v Rossii i za rubezhom*=Labor Law in Russia and abroad, no. 3, pp. 29–31 (in Russ.) <https://doi.org/10.18572/2221-3295-2024-3-29-31>.
 11. Petrov A.Ya. (2024) Guarantees and compensations: history, theory, law: textbook. Moscow: Prospect, 552 p. (in Russ.)
 12. Petrov A.Ya. (2014) Labor and vocational training contracts: textbook. Moscow: Prospect, 352 p. (in Russ.)
 13. Petrov A.Ya. (2011) *Wages: issues of labor law: manual*. Moscow: EKONIS, 308 p. (in Russ.)
 14. Petrov A.Ya. (2024) *Wages in Russia: history, theory, law*. Moscow: Prospect, 400 p. (in Russ.)
 15. Petrov A.Ya. (2022) Social partnership in the sphere of labor: history, theory, law: textbook. Moscow: Yurait. 348 p. (in Russ.)
 16. Ryabova E.V., Machekhin V.A. (2022) Taxation of the self-employed in Russia: potential discrimination. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 15, no. 3, pp. 149–172 (in English) <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2022.3.149.172>.
 17. Salikova N.M. (2003) *Remuneration of labor in the Russian Federation. Legal study*. Ekaterinburg: Ural State Law Academy, 354 p. (in Russ.)
 18. Savenkov A.N., Kambolov M.A., Drozdov I.A. et al. (2024) Interdisciplinary protection of labor and social rights in the context of social transformation. Moscow: Institute of State and Law, 573 p. (in Russ.)
 19. Sitnik A.A. (2023) Digital ruble as object of regulation. *Aktual'nyye problemy rossiyskogo prava*=Issues of Russian law, no. 8, pp. 20–36 (in Russ.)
 20. Tal L.S. (1913) *Labor contract: civilian study*. Yaroslavl: Governor's Printing Office, 539 p. (in Russ.)
 21. Zakalyuzhnaya N.V. (2023) A concept of employment and development of labor relations in the digital age. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 16, no. 2, pp. 139–164 (in Russ.) <https://doi.org/10.17323/2072-816620232.139.164>.
-

Информация об авторе:

С.Ю. Чуча — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

S.Yu. Chucha — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 17.11.2024; одобрена после рецензирования 14.01.2025; принята к публикации 04.02.2025.

The article was been submitted to editorial office 17.11.2024; approved after reviewing 14.01.2025; accepted for publication 04.02.2025.

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

Журнал включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science**. Журнал внесен в следующие базы данных: Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale.

АВТОРАМ

ТРЕБОВАНИЯ К ОФОРМЛЕНИЮ ТЕКСТА СТАТЕЙ

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113
Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное содержание

(предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Для заметок

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Д.Л. Комягин*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 17.03.2025. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 18,75. Тираж 200 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42